

Universidade Federal do Paraná
Setor de Ciências Jurídicas
Programa de Pós-Graduação em Direito

Fernando Soares Cáceres

O Direito, o Diferendo e o Justo Jurídico:
ensaio de apreensão da *juridicidade*.

Curitiba
2012

Universidade Federal do Paraná
Setor de Ciências Jurídicas
Faculdade de Direito

O Direito, o Diferendo e o Justo Jurídico:
ensaio de apreensão da *juridicidade*.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à conclusão do curso de Mestrado e à obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor
Ivan Guérios Curi.

Curitiba
2012

Agradecimentos.

Assim como não existe *O* tão falado *Livro*, senão que composições a partir de miríades de *livros*, tal qual não ocorre a *Subjetividade* sem a dita *Inter-subjetividade*, bem como não há *objeto* sem *linguagem* – igualmente, este trabalho não se faz nos moldes do *Uno*, mas da *multiplicidade*, em *devir*: não é fruto, portanto, de “um trabalho solitário”, mas do *agenciamento* constante de tantos outros “trabalhos”, também, por certo, não no todo solitários. Se ele opera alguma *descontinuidade*, posto que em seu caminhar ganhe linhas próprias (como se impõe fazê-lo!), sabe-se sê-lo, antes, porém, apenas um momento, uma instância partícipe de algo como um *continuum* cujo ponto de arranque se guarda, muito provavelmente, não nos livros de História, mas no plano do imemorial. É nessa toada – porque não há trabalho sem *coletividade* – que se faz necessário, embora de forma remanescente, traçar algumas linhas de agradecimentos. São muitos – em verdade, todos aqueles com quem se convive – os que merecem agradecimentos. Não apenas os “interlocutores de verdade”, isto é, aqueles que nos esbarram e nos chamam pelo nome ou alguma alcunha mais informal, mas também aqueles com quem não nos encontramos no *vir a ser* de nosso cotidiano, que, todavia, atingem-nos de alguma forma em nosso trabalho, quiçá em feitio atávico.

Seja como for, para além de termos de agradecer “a tudo e a todos”, alguns nomes, de minha parte, parecem imprescindível a lembrança: preliminarmente, agradeço, por tudo, à *Gisele Soares*, minha mãe, advogada e crítica, sem quem meus trilhos não se traçariam, tanto dentro quanto fora do direito; igualmente, agradeço à *Renata Cáceres*, musicista, irmã que me ensina quanto à erudição da *Arte*. É assim que, de pronto, não posso deixar de mencionar a minha mais do que *amiga*, *Claudia Beeck*, responsável por alguns dos melhores anos que pude viver. Não me é lícito esquecer outro nome sobremaneira relevante, não apenas em ra-

ção do diálogo constante e de sua abertura à filosofia, mas, principalmente, por sua contribuição a partir das problematizações no campo da ética e da estética: da *Moda*, ele diria! Trata-se do meu amigo, agora hegeliano, *Marco Palhano*, espécie de Guru que subverte a ordem apostando na tradição – fã, por isso, de *Charles Baudelaire!* –, a quem devo mais do que muito. A somarem-se a esse último, estendo meus agradecimentos a todos os *Herr Alt's* que compõem a “esquadrilha da não-física”. E aí tenho de citar o nome daquele que assumo como o seu “fundamento mitológico”, *Herr Artur Montemezzo*, que nos idos de 2004 viabilizou a junção mitológica dessa “*meine Blase*”.

Certamente, a memória é falha e arbitrária, daí a necessidade da filosofia. Ainda assim, lembro-me de referir algumas pessoas que – no campo da *Academia* – pretenderam e ainda o querem articular suas “visões de mundo” no plano da *Alethéia*, e não da mera *Doxa*. Se ao caminharmos a *Cidade* encontramos também filosofia, não é mentira que a ciência ocupa um “espaço de fuga”, idealizado como resposta essencial, “ausente” de mitos – ainda que deles amplamente prenehe. Nesse campo, tenho de mencionar alguns “grupos de estudo” que, já desde a graduação primaram-me de uma inter-subjetividade privilegiada, senão “sortuda”. Lembro os grupos *Paulo Freire* e o *Reinventar*, bem como as pesquisas em *Direito Cooperativo* e nos estudos filosóficos do *NEFIL* (ambos Núcleos da Faculdade de Direito da UFPR), ainda que deles eu tenha me distanciado nos últimos tempos, em razão dos “implacáveis” *prazos*. Não obstante, participaram da construção deste trabalho. Para referir alguns nomes, que ora não me fogem, e desculpando-me desde logo àqueles que escorregarem de minha lembrança, menciono os meus colegas *Diego Diehl*, *Felipe Baiano*, *Felipe Bley*, *Felipe Drehmer*, *Felipe Spack*, *Júlia Franzoni*, *Prentici Rosa*, *Bridi's*, *Ricardo Pazello*, *Thomas Apel*, e to-

dos os que sabem o que se viveu naquela graduação em procura do *inédito-viável*.

Sob pena de comprovar, afinal, que “a memória tem vida própria” – como diria *Gabriel Garcia Márquez* –, agradeço, de forma muito especial, ao *Professor Doutor José Antônio Peres Gediel*, que em seu caminhar não abandona os diálogos com a filosofia, antes dela lança mão continuamente. Agradeço à *Professora Doutora Vera Karam de Chueiri* – a quem, ainda na graduação, declamávamos o famigerado rock de “Vera Verinha...” –, que me escutou e comigo dialogou (incentivando-me, de fato) no correr da construção desta dissertação, e que, por conseguinte, permitiu-me o agenciamento de tantos *livros seus*. No âmbito da *História* e da *História do Pensamento Jurídico*, caros interlocutores da *Filosofia do Direito* – pois é sempre necessário historicizar, ao passo que o filosofar parece, diz-se, tender ao universal –, agradeço aos *Professores Doutores Luís Fernando Lopes Pereira e Ricardo Marcelo Fonseca*, por sua pulsão crítica na “paisagem jurídica” nacional. No mesmo sentido, porque permitem problematizar a relação “Filosofia-História” (para os arrepios do psicólogo do filósofo, *Nietzsche*), aos colegas de mestrado *Douglas Nascimento* e *Danielle Wobeto*.

Com o que concludo, para conter as palavras, que certamente poderiam aqui correr muito longamente. De modo que chego aos membros de minha banca de defesa de dissertação – e aí, com efeito, minhas palavras não serão suficientes, tamanha é a necessidade do reconhecimento. Primeiramente, agradeço ao meu, além de colega, verdadeiro *amigo* (para não dizer “irmão”), *Professor Doutor Rafael Zanlorenzi*, que pacientemente ouviu minhas dúvidas em longíssimos diálogos, nem sempre nos cafés e corredores, e por vezes ao telefone mesmo: ainda assim, como se não fossemos “pagar a conta”, longíssimos diálogos. Chego assim ao *Professor Doutor Celso Luiz Ludwig*, cuja importância para as

minhas pesquisas é notória, podendo eu ora dizer ter sido ele o “responsável”, ainda na graduação, por aquele primeiro *espanto filosófico* que nos lança para o interior da filosofia, como dissera *Heidegger*. E, nessa esteira, também aos estudos da hermenêutica filosófica, ainda na esfera de graduação.

Por fim, guardo minhas últimas palavras a fim de agradecer, de modo *mais do que especial*, ao meu orientador, *Professor Doutor Ivan Guérios Curi*, cuja presença na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná é, indubitavelmente, de suma relevância, uma vez que permite a abertura de uma *Escola do Pensamento Jurídico*, espaço de perquirição atenta da *juridicidade*: agradeço-o pela confiança serena. Deveras, foi de meu orientador que, desde o primeiro contato, partiram algumas das questões centrais deste trabalho, tomadas de posição e indagações que deram, verdade seja dita, *outro rumo* às categorias aqui referenciadas: e o senhor bem sabe disso! Não fosse sua contribuição, tanto institucional quanto jus-filosófica, não fossem aquelas “perguntas centrais”, este trabalho não se teria concluído. De sorte que, finalizando, agradeço-o pessoal e carinhosamente, infinitamente. Meus sinceros agradecimentos!

*En ces temps merveilleux où la Théologie
Fleurit avec le plus de sève et d'énergie,
On raconte qu'un jour un docteur des plus grands,
— Après avoir forcé les coeurs indifférents;
Les avoir remués dans leurs profondeurs noires;
Après avoir franchi vers les célestes gloires
Des chemins singuliers à lui-même inconnus,
Où les purs Esprits seuls peut-être étaient venus, —
Comme un homme monté trop haut, pris de panique,
S'écria, transporté d'un orgueil satanique:
«Jésus, petit Jésus! je t'ai poussé bien haut!
Mais, si j'avais voulu t'attaquer au défaut
De l'armure, ta honte égalerait ta gloire,
Et tu ne serais plus qu'un foetus dérisoire!»*

*Immédiatement sa raison s'en alla.
L'éclat de ce soleil d'un crêpe se voila
Tout le chaos roula dans cette intelligence,
Temple autrefois vivant, plein d'ordre et d'opulence,
Sous les plafonds duquel tant de pompe avait lui.
Le silence et la nuit s'installèrent en lui,
Comme dans un caveau dont la clef est perdue.
Dès lors il fut semblable aux bêtes de la rue,
Et, quand il s'en allait sans rien voir, à travers
Les champs, sans distinguer les étés des hivers,
Sale, inutile et laid comme une chose usée,
Il faisait des enfants la joie et la risée.*

(Charles Baudelaire – Châtiment de l'Orgueil)

*“Não é o vício
Nem a experiência que desflora a alma:
É só o pensamento. Há inocência
Em Nero mesmo e em Tibério louco
Porque há inconsciência. Só pensar
Desflora até ao íntimo do ser.
Este perpétuo analisar de tudo,
Este buscar duma nudez suprema
Raciocinada coerentemente,
É que tira a inocência verdadeira
Pela suprema consciência funda
De si, do mundo, de todos. Guarde, guarde
Fora do vício e do vil mundo além
Em gruta ou solidão o eremita;
Se o pensamento vir tudo
(...)
Pensar, pensar e não poder viver!
Pensar, sempre pensar, perenemente,
Sem poder ter mão nele! Ah, eu sorrio
Quando às vezes eu noto o inconsciente
Riso vazio do bandido,
Rindo-se da inocência! Se ele soubesse
O que é perder a inocência toda...
Não a inocência vã do corpo ao olhar,
Ou vulgar e banal conhecimento,
Mas a inocência bela do viver;
De sentir — seja mesmo como ele
Esse (...) escravo do deboche-seja!
Sentir um sentir que abertamente
Se não ache vazio.”*

(Fausto – Tragédia Subjectiva)

Resumo:

A interrogação quanto à *juridicidade* do Direito é, sem dúvida, ainda hoje, a problemática central do *pensamento jurídico*. O estudo que ora se apresenta – em *três tempos* – intenta inserir sua escrita nesse “território”, isto é, visa apreender a ocorrência do “direito como direito”, o que será feito com a demarcação de três momentos. Primeiramente, traçaremos os limites da juridicidade nos moldes das suas *continuidades fenomênicas*, de modo a perquirir quais são os elementos que carimbam no campo global da normatividade social aquilo que é propriamente “normatividade jurídica”. Essas continuidades – ou, simplesmente, “constantes jurídicas” – serão identificadas a partir da categoria *decisão-judicativa*, fazendo vir à tona, em meio a tantos “*não sei*”, ao menos uma certeza: para além da historicidade do fenômeno jurídico, e, portanto, de sua contingência normativa, apresenta-se inescapável assumirmos que a obrigatoriedade do *juízo jurídico* traz consigo a imanência do *pensamento jurídico*, ambos dimensionados em concreto, como *direito em devir*, em razão da necessidade de se conferir *validade* à solução de um problema jurídico. Visto isso, objetiva-se, no segundo capítulo, alocar essa ocorrência na *historicidade do hoje*, no contexto das ditas “sociedades hiper-complexas” (eis a *atualidade* do direito), estruturadas – ou, “desestruturadas” – na esteira das noções de “pluralidade e diferença”. Surge-nos, então, a categoria do *Diferendo*, sobremaneira cara ao resto da dissertação: é aí que se firmará não ser viável falarmos, atualmente, em pensamento jurídico, no singular, mas em *pensamentos jurídicos*, sempre e cada vez mais no plural. É também o *diferendo* que nos permitirá, no terceiro capítulo, resgatar a filosofia – um tanto esquecida pelos olhares pós-filosóficos e pós-ontológicos de determinação da sociabilidade hodierna – e referir uma perspectiva de *justo jurídico*, para além das pretensões astronômicas das atuais “teorias da justiça”, bem como das demais visões a partir do “não-direito”.

Palavras-chave: “Direito como direito”; *Juridicidade*; *Diferendo*; *O Justo Jurídico*.

Resume:

La question de la juridicité du droit est sans doute encore la question centrale de la pensée juridique. L'étude présentée ici – dans trois temps – essaie d'insérer son écriture dans ce <<territoire>>, c'est-à-dire, vise à appréhender l'occurrence du <<droit comme droit>> (*qua tale*), ce qui sera fait en démarquant trois moments. D'abord, nous dessinerons les limites de la juridicité dans le cadre de ses continuités phénoménales de sorte à chercher les éléments qui démarquent, dans la "normativité sociale globale", ce qui est proprement la <<normativité juridique". Ces constinuités – ou tout simplement les <<constances juridique>> - seront identifiées à partir de la catégorie de décision judiciaire, qui fait émerger parmi tout ces "je ne sais pas", ou moins une certitude: au-delà de l'historicité du phénomène juridique, et donc de sa contingence normative, il paraît inéluctable assumer que l'obligatoire de la formation du jugement juridique apporte l'immanence de la pensée juridique, tous les deux classes dans la concretude, comme le devenir du droit, en raison de la nécessité de donner la validité à la solution d'un problème juridique. Ensuite, l'objectif est, dans le deuxième chapitre, de disposer cet événement à la historicité d'aujourd'hui, dans le contexte des <<société hyper-complexes>> (c'est l'actualité du droit), structurées – ou "pas structurées – dans l'horizon des notions de <<pluralité et différence". Vient à nous, alors, la catégorie de *Différend*, vraiment importante pour la dissertation: c'est de cette façon que n'est pas possible exposer actuellement la pensée juridique au singulier, mais dans les pensées juridiques, de plus en plus pluriel. Il est également le différend qui nous permettra, dans le troisième chapitre, le sauvetage de la philosophie – un peu oublié par la détermination post-philosophique et post-ontologique de la sociabilité d'aujourd'hui – et de noter une perspective du juste juridique, au-delà des revendications astronomiques des actuelles "théories de la justice", ainsi que d'autres vues sur le "non-droit".

Mots-clés: "Droit comme droit"; Juridicité; Différend; Le Juste Juridique.

Sumário

| | |
|--|------|
| Resumo..... | vii |
| Resume:..... | viii |
| INTRODUÇÃO: <i>no concreto em abstrato</i> | 1 |
| 1. CAPÍTULO I: O “Direito como direito” – ensaio de apreensão dos limites da <i>juridicidade</i> | 10 |
| <i>a) O exemplo do normativismo de Hans Kelsen: o “cognitivismo” e a teoria pura do direito</i> | 36 |
| <i>b) Do sistema para dizer ao sistema para fazer o direito: dando atenção à “realização do direito”</i> | 54 |
| <i>c) Quanto ao “problema do direito”: cuida-se de problema hermenêutico ou de problema normativo?</i> | 63 |
| <i>d) As investidas da linguística analítica na ocorrência jurídica e a linguagem do direito</i> | 79 |
| 2. CAPÍTULO II: O Direito no <i>Diferendo</i> | 105 |
| 2.1. <i>Funcionalismo jurídico: o direito como “função”</i> | 129 |
| <i>a) A categoria “sistema” e a funcionalização do devir social</i> | 129 |
| <i>b) O pensar jurídico funcionalista: “mascarando” a ocorrência jurídica</i> | 150 |
| <i>c) O direito como instrumento e a prevalência do “não-direito”</i> | 160 |
| 2.2. <i>O Diferendo e a juridicidade: contexto “des-estruturante” da diferença</i> | 171 |
| <i>a) O direito em diferendo: do pensamento jurídico à miríade de pensamentos juridicus e ao continuum do novum</i> | 171 |
| <i>b) Rompe-se e, com isso, opera-se uma descontinuidade frente ao continuum do testemunho da pluralidade e da diferença</i> | 197 |
| <i>c) Escapa-se igualmente dos problemas-perguntas sem fim que as “visões de mundo” encetam: a oportunidade de uma resposta diferente</i> | 206 |
| 3. CAPÍTULO III: O Direito e o <i>justo jurídico</i> : para um <i>Direito crítico</i> | 238 |
| 3.1. <i>O Direito e as Justiças: continuum de descontinuidades</i> | 265 |
| <i>a) A crise do sentido e da autonomia do pensamento na suposta consumação pós-metafísica</i> | 265 |

| | |
|---|-----|
| <i>b) Confirmando uma “continuidade”: também a autonomia jurídica se perceberia prejudicada quando o “pensar jurídico” intenta compreender o “direito-objeto”.</i> | 283 |
| 3.2. Filosofia Política e Filosofia do Direito: peculiaridades do justo jurídico | 298 |
| <i>a) Lançando mão da filosofia política: um último amarre para salvar o (tradicional) pensamento jurídico. O exemplo de “Uma teoria da justiça”.</i> | 298 |
| <i>b) Alternativas no âmbito do “pensamento político” e sua insuficiência no que toca a prática jurídica. A necessidade de uma reflexão em torno do “justo jurídico”.</i> | 323 |
| <i>c) O problema do direito e o problema político.</i> | 341 |
| <i>d) Um último exemplo, ainda no “pensamento político”, embora com peculiaridades jurídicas: Jürgen Habermas</i> | 343 |
| 4. Considerações finais: ou, derradeiras interrogações, uma vez que o pensamento jurídico se realiza em aberto. | 355 |
| Bibliografia. | 358 |

INTRODUÇÃO: *no concreto em abstrato.*

“Tu assumias para mim o caráter
enigmático que todos os tiranos possuíam, cu-
jo direito está fundado sobre sua pessoa e não
sobre o pensamento.”
(Franz Kafka. Carta ao Pai).

Este trabalho vem a lume, num intento bastante emblemático, a fim de ensaiar uma apreensão do direito nos limites da juridicidade. O direito é *continuum* de descon- tinuidades e sua vivência é o que afinal determina sua essência, bem como o seu senti- do normativo, historicamente contingenciado: em verdade, sua ocorrência inaugura a *societas* na correlata extensão em que dissipa uma problemática inserta no florescer da sociabilidade, o que se dá, contudo, no bojo de uma pulsão de normatividade e de o- brigatoriedade imanentes ¹. Porque demanda uma *práxis* cuja dinâmica não se admite apreendida por enlaces de reflexão tão somente teórica, igualmente não se encastela a partir da ficção do “sistema” (ou de um “ordenamento”), decorrendo antes do desor- denamento e das inconstâncias que sobrepujam a experiência de uma “continuidade problemática”. Daí que não seja o direito o “objeto” da ciência jurídica, tampouco um “dato prévio” ou qualquer *a priori normativo* – como intentaram os enredos da expe- riência normativista –, se nos apresentando antes como prática incessante de resolução de problemas. Daí também que o *labor jurídico* não tenha forças para acolher de olhos fechados uma sua “categorização” nos moldes do “não-direito”, ainda que ele se co- munique internamente com a política e a moral, em suma, com o *discurso ético*: não é por outro motivo que também as mais coevas “teorias da justiça”, a padecerem desse mal do academicismo, não lastreiam ardil suficientemente denso para domar o *devoir* do “juízo jurídico”, mas sequer para arranjar o palco em que tal *performance* se põe a o- correr.

¹ É tendo admitido essa condição da “ocorrência jurídica” que, como percebe Aroso Linhares: “A interrupção do terceiro provoca, com efeito, o começo- “commencent” do direito mas também do Esta- do: é assim condição de possibilidade da invenção da *societas* (e do *citoyen*) e no limite também de uma *justice comme droit* (de uma justiça que exige o direito enquanto se instala no *autre prochain* que se diz Estado). *L’heure de la Justice, e la comparaison des incomparables se “rassemblant” en espèces et genres humains. Et l’heure des institutions habilitées à juger et l’heure des États ou les institutions se consolident et l’heure de la Loi universelle qui est toujours la dura lex des citoyens égaux devant la loi. (...) C’est l’heure de l’Occident!”*” AROSO LINHARES, J. *O dito do direito e o dizer da justiça*. In. Entre discursos e culturas jurídicas. José Joaquim Gomes Canotilho (org.). Coimbra: Coimbra, 2006, p. 204.

Assim como se dá com a *Arte* e sua “plasticidade significativa”, *campo* em que as hermenêuticas delimitam historicamente – e, por conseguinte, mantendo-o sempre como que *em aberto*, e até o infinito – o assim chamado “sentido da obra de arte”, também no direito o olhar daquele que se volta à juridicidade e à sua realização em concreto (aquele que o vivencia) é no todo determinante, senão mesmo *fundante*: com efeito, em direito, o “olhar do jurista” substitui – se é que não o cria – o “objeto” de seus estudos, isto é, o próprio *Direito*. A obra de *Dmitri Shostakovich* é exemplar nesse sentido: sua sinfonia – pensa-se especificamente na sétima – que de início, quando de sua estreia, fora celebrada qual um modelo perfeito do realismo socialista stalinista, ganhou mais tarde “outra verdade”, outro sentido artístico, sendo hoje apreendida como portadora de uma “mensagem dissidente”, e secreta em certa medida de zombaria e subversão da ideologia comunista ². A mudança aqui, importa percebê-lo, é menos no “objeto” do que em nossa postura perante o *objeto*. Também no direito, o sentido da juridicidade – ou, a “verdade do campo jurídico” – será especificada de acordo com sua *historicidade*, ganhando aí papel central a leitura que dele fará, a cada novo momento, o *pensamento jurídico*. Ao nos voltarmos à ocorrência jurídica, o que aí encontramos não é um objeto que forçosamente salta aos olhos do pesquisador-analista, antes um trabalho contínuo do próprio pensamento jurídico diante do “problema do direito”. Porque é imperioso que o direito empreenda uma tomada de *decisão* frente às problemáticas de sociabilidade (sempre concretas e sujeitas à *temporalidade*), o pensamento jurídico inevitavelmente é levado a laborá-la (a *teorizá-la*), de modo que se sem a primeira o segundo resta ausente de função, na mesma medida sem o segundo a primeira perde sentido autônomo, deixa de ser uma “obrigatoriedade” para se fazer tão só “inevitabilidade”: é nessa toada que a presente dissertação ganha luz, dividindo-se em três momentos cuja leitura, porém, demanda um olhar dialético, ou seja, que assimile unitariamente a ocorrência jurídica, não obstante a vislumbre partindo de três dimensões, ou momentos: um primeiro momento como busca da *especificidade* do “direito como direito”; um segundo, em que se projeta lançar no *hoje* a vivência dessa especificidade; e, finalmente, um terceiro momento, como num “fechamento” da dialética proposta (embora a pretensão seja mantê-la em aberto), sua relação com a noção de *Justiça*, no

² Conferir, nesse sentido: SEROFF, Victor. *Dmitri Shostakovich*. Trad. Guilherme Figueiredo. Rio de Janeiro: Empresa Gráfica O Cruzeiro. 1945. Na mesma toada: MACHADO COELHO, Lauro. *Shostakovich: vida, música, tempo*. São Paulo: Perspectiva, 2006.

escopo de tencionarmos um “justo jurídico”, horizonte sob o qual se nos abrolha o *Direito crítico*.

* * *

Apresenta-se, portanto, trabalho em *três tempos*. No *primeiro tempo*, a corresponder ao primeiro capítulo desta dissertação, almeja-se, como adiantado, uma apreensão dos limites da juridicidade. Procura-se aí delimitar as ditas *constâncias jurídicas*, aqueles elementos sem os quais não haveria se falar em direito e que dispõem, afinal, da paisagem jurídica em sua “autonomia referencial”, ou simplesmente “autonomia normativa”. Uma vez que o direito é ocorrência desde sempre imersa no tempo, por certo que sua normatividade comunica-se com o todo do grande bloco da normatividade social – aí incluídos a política, a moral, a religião, mas também a economia e a ciência –, não obstante ele galgue espaços próprios de intervenção (delimitando o campo jurídico) para a formação do seu “juízo crítico” perante a *societas*. Importa, dessarte, perquirirmos como se dá a emergência da *normatividade jurídica*, no esteio daquilo que chamaremos – na linha de *Castanheira Neves* – de “direito como direito”, ainda que em constante relação com o assim chamado “não-direito”³. Nessa senda, será inevitável a referência à teoria jurídica quicá mais comentada – para o bem e para o mal – do século XX, a *teoria pura do direito*, arquitrave do normativismo jurídico: como é notório, sua arquitetônica estrutural (e, para alguns, trata-se mesmo de verdadeiro “estruturalismo jurídico”) empenha o fenômeno jurídico (ou, o Direito) como simples “objeto”, diante do qual se colocaria num *perfil cognitivista* o pensamento jurídico, en-

³ A expressão “não-direito” se popularizou no campo do pensamento jurídico com o jurista francês *Jean Carbonnier*, referenciando-se aí os ditos “espaços normativos” que, em razão daquilo que o autor chama de *internormatividade*, substituem a normatividade jurídica, inferindo-se soluções “não-jurídicas” a problemas que antes eram considerados estritamente jurídicos: como se o direito *abandonasse espaços* de normatividade antes próprios de seu trabalho. É o caso, cujo reconhecimento é corrente na literatura jurídica, da força normativa da *moral*, que por certo “retira o direito de cena” no tratamento de algumas problemáticas, substituindo-se em seu labor. Ainda assim, embora tenhamos presente o trabalho de *Jean Carbonnier*, mais importante para nós – e isso ficará claro já no início do correr deste trabalho – é a referência que autores como *Castanheira Neves* e *Martin Kriele* fazem a essa categoria, mas também – como veremos no terceiro capítulo – *Paul Ricoeur* ao reconhecer a especificidade territorial do campo jurídico no tribunal e seus problemas. Nesse sentido, conferir, principalmente, dentre os autores citados: CARBONNIER, Jean. *Flexible droit. Pour une sociologie Du droit sans rigueur*. Paris: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1992, pp. 23/49. E, especificamente sobre o fenômeno da internormatividade: CARBONNIER, Jean. *Essais sur les lois*. Paris: Répertoire du Notariat Defrénois, 1979, pp. 251/270.

tão alçado à condição astronômica de ciência do direito. Uma análise interna, contudo, evidenciará que mesmo aí, na mais densa construção normativista do direito, a diferenciação entre *Sein und Sollen*, fulcral para referido empreendimento, não se sustenta, surgindo-nos espécie de infiltração normativa do primeiro no segundo plano, o que leva a baixo o edifício conceitual dessa que é uma “teoria normativa” do direito ⁴.

De fato, como veremos, o direito não se reduz a mero objeto de cognição, e a percepção disso se faz primacial para qualquer análise mais coetânea que dele se pretenda fazer, seja ela mais afeita à crítica, seja ela apenas celebratória. De qualquer modo, as categorias que por assim dizer “definirão” aqui a juridicidade encontramos sintetizadas na expressão jurisprudencialista *decisão judicativa*, e isso de pronto nos abança diante do “fado do jurista”, qual seja aquela *condição profissional* de ter de incessantemente “pensar problemas jurídicos”: é, por conseguinte, o *pensamento jurídico* e a obrigatoriedade de formar um *juízo concreto* que devem ser assumidos como limites da juridicidade, e é nesses termos que a levaremos a cabo. O grande mote desse primeiro capítulo é trazer às claras essa problemática – o dito “problema do direito” –, devendo, ainda, restar claro que se o normativismo jurídico não dá conta da fenomenologia própria à ocorrência jurídica, igualmente os olhares mais “problematizadores”, advindos dos discursos da *hermenêutica* (em suas versões “normativa” e “filosófica”) e da perspectiva *analítica da linguagem*, não o conseguem, mormente porque mesmo aí está-se a reafirmar – como que subterraneamente – os tradicionais fundamentos do normativismo jurídico. Também esses “novos olhares” – insertos no devir pensamento jurídico – carregam aquele ranço objetivista, ao pressuporem o direito como “objeto” de compreensão, ora hermenêutico ora analítico, de cuja correta captura decorreria uma *applicatio*.

No *segundo tempo* deste trabalho, e pressupondo as conquistas do capítulo precedente, percebe-se a necessidade, sobretudo em razão da pretensão de uma *reescrita* da “teoria” do direito na atualidade – na baliza do que propõe *Aroso Linhares* –, de se conferir *historicidade* ao fenômeno jurídico, com o que fita-se alocá-lo “neste agora” que é o *hoje*. Cuida-se, entretanto, de verdadeiro desafio ao jurista deste nosso tempo – ou, do nosso século –, isto é, cuida-se de compreender o direito em sua atuali-

⁴ Nesse percurso, lançaremos mão – principalmente no que toca a construção da noção de uma “crítica interna” – de alguns momentos da vasta obra jurídica de Mario Losano, sendo-nos fulcral nesse primeiro capítulo o: LOSANO, Mario G.. *Sistema e Estrutura no Direito. O século XX*. São Paulo: Martin Fontes, 2010, principalmente, pp. 51/135.

dade, em referência contínua com *a societas* que o refere historicamente. Assim, objetiva-se lançar o pensamento jurídico no presente, a fim de enraizá-lo na concepção que se tem da sociedade contemporânea (por muitos chamada de “sociedade hiper-complexa”) e de desenhar o formato da emergência jurídica nessa sua temporalidade. Portanto, estará aí em questão a “relação-realidade direito-sociedade”. Nessa toada, passaremos em apreciação duas perspectivas de juridicidade, trazendo à tona as visões de sociedade que aí se instauram. Trata-se, de um lado, do olhar *funcionalista* (e, especificamente, do funcionalismo jurídico) e, de outro, do discurso que se projeta como resposta *jurisprudencialista*, ambas decididamente pós-normativistas. Se o primeiro, para explicar sua “visão de mundo” tanto do direito quando da sociedade contemporânea, lança mão das categorias “sistema” e “função” – sobretudo nos moldes da “teoria sistêmica” de Niklas Luhmann –, o segundo assume a perspectiva da “diferença e do pluralismo” das visões de mundo, e, para tanto, utiliza-se da categoria do *diferendo*, importada ao direito por meio da filosofia da linguagem de Jean-François Lyotard e do trabalho crítico de Wolfgang Iser⁵.

A “metáfora do diferendo” ser-nos-á sobremaneira relevante. Não se nega que também o olhar sistêmico e, por conseguinte, o funcionalismo jurídico pressupõem um certo pluralismo (embora meramente sistêmico), mas sabe-se que além disso uma tal visão está a enfronhar a realidade social no tecido de uma *opção*-proposta epistemológica (e instrumental) bastante específica e muito peculiar (dita pós-ontológica e *pós-filosófica*), de sorte que com isso apronta uma negação ao autêntico pluralismo. Diferentemente, o diferendo ensina-nos a reconhecer a “estrutura da pluralidade e da diferença” e a levá-la ao seu extremo – às últimas consequências – ao mesmo tempo em que nos demanda um momento de *emersão* ou distanciamento, no intuito de não se fazer injustiça com qualquer discurso ou proposta normativa, forçando-nos uma espécie de *retorno à filosofia*. Enquanto o sistema conduz-nos à densificação de uma proposta

⁵ Quanto à prevalência da “multiplicidade” do pensamento (*Vielheit*) em face à “unidade” (*Einheit*), embora se complementem, salientando que na atualidade aquela descerra não apenas uma chave de leitura da sociabilidade, mas a estrutura básica do mundo (social) no *hoje*, assim escreve o pensador alemão Wolfgang Iser: “Insgesamt müssen - (...) - Einheit und Vielheit nicht auf Dauer feindliche Brüder sein oder bleiben. In dem Moment, wo das Einheitsinteresse anzuerkennen lernt, was anzuerkennen ihm zwar schwerfällt, wovon es aber stets auf deutlichste gezeichnet ist: seine Spezifität - in diesem Moment werden beide kompatibel. Freilich geschieht dies auf dem Boden der Vielheit. aber dieser ist nun einmal fundamentaler als jeder einheitsbestimmte. Die Postmoderne beleuchtet nicht bloss eine Enklave, sondern die Grundstruktur der Welt.” ISER, Wolfgang. *Unsere postmoderne Moderne*. Berlin: Akademie Verlag, 2002, p. 177.

específica em meio ao pluralismo, qual seja a “proposta funcional”, o diferendo permite-nos, após a apreensão das diferentes pretensões teóricas, um “afastamento filosófico”, resultante daquele espanto que caracteriza a filosofia: é esse distanciamento que nos permitirá, mais tarde, quando do tratamento das “teorias da justiça”, “optarmos por não optar” e então seguirmos o caminho do “justo jurídico”. Em verdade, a análise sistêmica não deixa de ser mais um discurso entre tantos outros, isto é, mais uma proposta em meio ao pluralismo de propostas que hoje se vivencia, o que de certa forma a faz “cega” perante as visões de mundo que ela mesma nega. É, ademais, com o diferendo que se faz aqui possível essa percepção. Com ele, compreende-se que, tal qual se dá com a *societas*, também o pensamento jurídico se vê *hoje* povoado por uma miríade de propostas e pretensões de juridicidade, impondo-se forçoso articularmos não mais um simples pensamento jurídico, no singular, senão que essa miríade de *pensamentos jurídicos*, sempre e cada vez mais no plural. O papel do jurista, nesse contexto, passa a ser o de um “agenciador”, tendo ele de “agenciar” toda essa pluralidade de propostas de juridicidade, sem que, no entanto, adira a qualquer *uma* delas de forma mais estrita, sob pena de cair na armadilha da categorização da prática jurídica, no todo *não categorizável*. Nesse pluralismo de pensamentos jurídicos, insere-se, como antecipado, a coleção de “teorias da justiça” que hoje pulula em torno ao direito (principalmente, constitucional) em tentativa de “reordenação normativa” – e esse acaba sendo o mote para passarmos ao terceiro e último tempo do direito, aquele que se refere à relação entre “juridicidade e justiça”.

O *terceiro tempo* do direito que assim referiremos – o tempo do justo no direito, ou do *justo jurídico* – igualmente não abre mão da dimensão temporal imposta pelo diferendo, especialmente porque, convém pontuarmos, dinamiza-se a partir do assim chamado *ocaso do conceito*. Na medida em que o direito *qua tale* emerge como *continuum* reflexivo do pensamento jurídico, e estando este último “estruturado no plural” (ou, simplesmente, desestruturado), parte-se aqui do pressuposto da impossibilidade de (ao menos macro-teoricamente) inferir-se quanto ao “o melhor caminho” (a “resposta correta”) para o direito na atualidade. Isso porque não há “critério externo” às racionalidades plúrimas que a ele se voltam com suas propostas e pretensões de juridicidade: e, certamente, as teorias da justiça não fogem a essa regra, antes a confirmam. Também elas propõem grandes planejamentos ou programas ao direito, fazendo-o, contudo, a

partir de suas específicas “visões de mundo”, isto é, de suas privativas racionalidades, plurívocas e amplamente, quando não no todo, diferentes.

A dificuldade reside na inviabilidade de escolha entre tantas teorias, haja vista a aquela pluralidade de racionalidades. Não é difícil percebermos isso nos já corriqueiros debates entre “comunitaristas” e “liberalistas” (ou, simplesmente, liberais), cujas pretensões vão à direção de tentar domar a dinamicidade social e, na mesma esteira, a ocorrência jurídica, ambas fugidias. Em razão do *acaso* referido, não há se falar em critério de objetividade que se coloque acima – ou, do lado de fora – dessas tão díspares racionalidades, parecendo-nos impossível a inferência ao direito “deste ou daquele” projeto, com o que se reforça a assertiva acerca da inadequação das tentativas de categorizar sua prática. Daí a importância de o pensamento jurídico voltar-se ao *justo jurídico*: como informa *Martin Kriele*, o direito pode caminhar por sobre o chão da justiça quando densificar a contínua e “problemática” relação entre o pensamento jurídico e a decisão *sub judice*, mas já não o fará se optar, categoricamente, por “este ou aquele” projeto de justiça, haja vista nisso ir incluído a injustiça para com os demais projetos.

Não se está, com isso, a propor que o direito feche os olhos diante de tais propostas, ou que ele deva peregrinar numa espécie de *Isolierung*, e não é por outro motivo que – na esteira de *Wolfgang Welsch*, para quem o diferendo contribui à construção de uma perspectiva de *justo pós-moderno* – parece necessário ao pensamento jurídico assumir, em sua *lide* diária, aquilo que o pensador alemão chama de *razão transversal*. Se é correto que o pensamento que aqui se desenha desenrola-se no horizonte do mencionado “ocaso do conceito”, não menos correto é aceitar que, ultrapassado o “discurso denso” da ciência tradicional, não estamos no todo condenados àquela “miríade de racionalidades” – tendentes ao irracional – que hoje se firmam. Aceitar a ultrapassagem do dito “discurso científico” não significa ignorar suas novas articulações, mas, isso sim, percebê-lo avizinjado por tanto outros discursos e tratamentos, cuja “legitimidade” discursiva pode atingir a mesma dimensão daquele primeiro. Dessa forma, é possível, como ensina *Welsch*, a proposição de uma convalescença, *uma razão* (a atuar transversalmente), em meio às plurívocas racionalidades, que não ignore essa espécie de “avizinhação” de discursos, isto é, que dê voz a todos que pretendam conferir algum tratamento ao “objeto” de racionalização. Sua transversalidade objetiva que diferentes racionalidades, como insuspeitas “visões de mundo”, sejam postas a dialogar, de sorte

que o seu caminhar – o caminhar da razão transversal – se opere nessa aproximação das diferentes racionalidades, pontuando-se sua adequação ou não frente à temática proposta: com isso, algo como uma *conversação entre Escolas* poderia estabelecer-se, contribuindo ao alargamento do pensamento jurídico, no agenciamento das propostas prático-teóricas que se lhe dirigem com o fito de “cuidar do direito”.

* * *

Se com isso temos assentados, ainda que em linhas gerais, aquilo que se assume como argumento central do trabalho que ora se oferece – num labor de apreensão das ditas *continuidades jurídicas*, vistas aqui como as “constantes jurídicas” que, porquanto se mostram sequências inevitáveis da juridicidade, caracterizam o “direito como direito” –, impõe-se que nos alonguemos nesta introdução com algumas palavras sobre o “como” da exposição proposta. Como dito, trata-se de trabalho que se divide em três momentos (três tempos em três capítulos), os quais, todavia, merecem uma apreensão ou uma *leitura transversal*, isto é, como um bloco cada um desses momentos demanda uma compreensão global e dialética, devendo a dissertação ser abarcada por um olhar unificador, a fim de se rematar a síntese decorrente: esse “ir e vir” dos olhos do leitor é, por conseguinte, momento central. É isso que permitirá percebermos que apenas no segundo capítulo está-se a convocar a experiência jurisprudencialista da juridicidade, ao lado do referido funcionalismo, embora seja possível encontrar alguma semelhança discursiva já no primeiro capítulo. Fato é que, são as premissas e respectivas conclusões perquiridas no primeiro momento – tempo em que se nos fazem claras aquelas *continuidades* e respectivas *descontinuidades* – que nos permitirão, no contexto do segundo capítulo, assumir o *Pari de Pascal*, na linha de *Castanheira Neves e Aroso Linhares*, inserto na “interrogação-resposta jurisprudencialista”, bem como com ela seguir para o capítulo terceiro. As conquistas do primeiro tempo do direito servir-nos-ão, esclareça-se, para uma tomada de posição, esta a se evidenciar somente no segundo tempo de nossa análise, e a ganhar sentido final (ou “conclusivo”) no apenas terceiro tempo, com a referência ao *justo jurídico*.

É em razão desse “movimento dialético” que se optou, aqui, por uma sistemática que não se lança no formato tradicional de fechamento (com síntese e unidade – aquele

Einheit aqui já solicitado) exauriente de cada uma das escolas frequentadas ou percorridas, de modo que, ao invés disso, poderemos ver, por exemplo, o tratamento do “olhar hermenêutico” sobre o fenômeno jurídico tanto no primeiro quanto nos demais capítulos, em cada qual sendo ele encarando sob um viés temático diferente. Enquanto o primeiro permite-nos reconhecer aí aquele ranço subterrâneo do normativismo jurídico, reduzindo-se o direito a *objeto aplicável* por um interprete jurídico, o segundo e o terceiro capítulos clarearão outras dimensões dessa mesma empreitada teórica (e filosófica): o segundo capítulo referirá, de outro lado, a dimensão interpretativa e comunitária que o enfronhamento hermenêutico opera na *societas*, ao passo que o terceiro capítulo encara-o, finalmente, sob o prisma do *justo jurídico*, visando um afastamento do ontologismo. Impõe-se esclarecermos, ainda, algo quanto à estrutura interna dos capítulos: cada um deles é precedido – ou, se preferirmos, a eles se introduz – por uma espécie de “excursão”, ou introdução, em que se apresenta de modo denso a respectiva temática, como uma digressão acerca de seus pontos centrais, seguindo-se daí exposição mais minuciosa. Seja como for, o que está sob foco é a juridicidade, apreendida tal qual um “devir autônomo” – no plano do sensível –, por certo arrojado à historicidade e suas contingências normativas, mas ainda assim como “território jurídico” que se densifica autonomamente. Apenas se teoriza, em direito, em razão da *obligatoriedade* de se resolver juridicamente determinados problemas concretos (os ditos “problemas jurídicos”), daí a exigência de uma constante reflexão em torno da peculiaridade que toca a juridicidade: pois, se o nosso critério é, em última instância, a própria prática de vivência da ocorrência jurídica – a *experiência jurídica* –, as teorias e proposições reflexivas com pretensão de juridicidade (que visam cimentar a normatividade do direito) merecem ser sopesadas nessa mesma medida, nos moldes da muito específica *territorialidade jurídica*.

CAPÍTULO I:

O “direito como direito” – ensaio de apreensão dos limites da *juridicidade*.

*

“Tentei mais de uma vez, como todos os meus amigos, encerrar-me num sistema, para nele pregar à minha vontade. Mas um sistema é uma espécie de danação que nos empurra para uma constante abjuração; é sempre preciso inventar outro, e essa fadiga é um cruel castigo. E, de todas as vezes, o meu sistema era belo, vasto, espaçoso, cómodo, sobretudo limpo e liso; pelo menos, assim me parecia. E, de todas as vezes, um produto espontâneo, inesperado, da vitalidade universal vinha opor um desmentido à minha ciência infantil e avelhentada, filha deplorável da utopia. Por mais que deslocasse ou alargasse o critério, ele estava sempre atrasado relativamente ao homem universal, corria constantemente em perseguição do belo multiforme e variegado, que se move nas espirais infinitas da vida. Permanentemente condenado à humilhação de uma nova conversão, tomei uma grande decisão. Para escapar ao horror dessas apostasias filosóficas, resignei-me orgulhosamente à modéstia: limitei-me a sentir; regressei em busca de asilo na impecável ingenuidade. De tal peço humildemente que me desculpem os espíritos académicos de toda a espécie que vivem nas diversas oficinas da nossa fábrica artística. Foi ali que a minha consciência filosófica achou repouso; e, pelo menos, posso afirmar, tanto quanto um homem pode responder pelas suas virtudes, que o meu espírito goza agora de uma mais abundante imparcialidade.”

(Charles Baudelaire – *A invenção da modernidade*.)

*

Este o *primeiro tempo* do direito, ou de sua ocorrência como *devir autónomo*. Especificamente e desde logo, cuida-se do tempo em que se impõe ao jurista sejam claramente demarcados os espaços e as aberturas, não sem que com isso se faça sublinhar alguns incontestes limites e fechamentos normativos, disso a que se chama pela alcunha de *juridicidade*. Em suma o que se dirá é que o direito aflora socialmente como fenómeno de “descontinuidades normativas”, sendo estas viabilizadas no bojo de uma muito particular “continuidade reflexiva”⁶, qual seja aquela decorrente da indagação – como que *circular* – acerca das “referências significativas” (por certo já como

⁶ “(...) aquela em que a recuperação do *originarium* do jurídico se compreender especificando (autonomizando) uma <<intencionalidade ao fundamento>> e a autodisponibilidade que lhe corresponde ...e aquela em que esta mesma recuperação se realiza identificando (distinguindo) um modelo inconfundível de pensamento jurídico e o tipo de racionalidade que este cumpre.” AROSO LINHARES, J. *Jurisprudencialismo: uma resposta possível em tempo(s) de pluralidade e de diferença?* Policopiada, p. 04.

“experiências judicativas”) que daquele mesmo devir intentam tomar conta: como se com isso se nos fizesse claro afinal que as inevitáveis decisões do direito não se operam assim sem mais, como se fossem operadas *ex nihilo*, mas antes de “modo” a confirmar uma sua modulação ⁷. De tal maneira que a suposta “inevitabilidade fenomênica” do direito – canonizada no famoso adágio ciceroniano *ubi societas, ibi ius* – já não possa ser seriamente aventada senão como um *problema* ou questão a ser normativamente inquirida, mas já não como resposta ⁸: certamente que não se trata, nessa esteira, de propormos aqui um enfronhamento antropológico ou meramente sociologizante do pensamento jurídico – e isso mais à frente ficará evidente –, cuidando-se, sim, de assumir a problematidade do *devir-direito* como problema cultural do pensamento ocidental. Até porque as positivities que historicamente ocorrem ao jurista assumir, como que a engendrar a partir daí o seu labor e o seu *pensiero*, certamente que não dão cabo do fenômeno normativo que é o direito, embora componham contingentemente as perguntas e respostas que nessa *área* (em aberto) se dispõem.

Uma vez que o direito emerge – e sempre novamente – como resposta possível (mas não necessária) às problemáticas que aos desenredos da sociabilidade são imanentes, uma adequada apreensão dos seus contornos, como veremos, demanda um *pensamento jurídico* que se apronte a levar a lume o incessante trabalho de “separar do joio do trigo”, como que numa tentativa sem fim de sobrepujar a juridicidade dos agenciamentos normativos que sem cessar a acossam ⁹. O escopo de uma tal empresa

⁷ Com isso, evidencie-se desde logo que não se trata aqui daquilo que Paulo Ferreira da Cunha chama, em seu *Constituição, Direito e Utopia*, de um <<Direito do Político>>, sendo nossa intenção antes desenhar um olhar que recaia no direito *qua tale*, ou do “direito como direito”. Cuida-se, ademais, de demarcar um seu tempo próprio, como que desde sempre alocado na própria pergunta pela juridicidade, um tempo, portanto, que se dispõe a partir daqueles que a ele (o Direito) direcionam o seu pensamento. De sorte que, não obstante a pretensa *universalidade problemática* (o direito como questão a resolver) que será à frente frisada, não se cuida tanto de dispormo-nos aqui àquele direito da *res* política, embora por certo sua importância seja hoje capital, cabendo-nos intentar a demarcação como que de uma sua “epistemologia especial” (ou a própria “filosofia do direito”) que possa eventualmente aduzir um espaço em aberto como *território privilegiado* da *ocorrência jurídica*. Daí que – como referiremos repetidas vezes – não nos toque operar neste percurso que ora se inicia uma síntese ou um fechamento do pensamento jurídico, antes salientar sua inevitável descontinuidade. Conferir, quanto a essa “*juridicidade-outra*”: DA CUNHA, Paulo Ferreira. *Constituição, Direito e Utopia: do jurídico-constitucional nas utopias políticas*. Coimbra: Coimbra, 1996, pp. 53 e seguintes.

⁸ “O problema é a tradução da intenção problemática dos casos que se põem a decidir, cuja solução depende de juízos decisórios concretos e que só será concreta se for adequada, normativamente, à problematidade concreta dos mesmos casos.” GUÉRIOS CURI, Ivan. *Virada de Copérnico: reflexões em torno do pensamento de A. Castanheira Neves*. Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra: Coimbra, 2005, p. 847.

⁹ “Porque, em certa medida, este Direito, autónomo das ordens normativas não jurídicas, e falando em muitos casos de igual para igual (ou até de superior para inferior) com o poder, corresponde tam-

parece ser o de assentar uma “moldura” que, embora sem pretensão de “unidade final” – como ensina *Wolfgang Welsch*¹⁰ –, abra vazão a uma apreensão honesta das suas especificidades propriamente judicativas, a fim de lançar luz sobre o palco em que os diferentes atores dessa normatividade social se encontram e dialogam.

O olhar (como molde) que sobre o direito recaia e, por conseguinte, o pensamento jurídico que dele disponha é o que, portanto, importa compreender, haja visto que está aí aquilo que em última instância confere à juridicidade algum formato histórico e um possível sentido material: fique claro, entretanto, que o dilema no qual pretendemos ora mergulhar não desconhece a tese de uma absoluta *inapreensão da essência do direito*, tampouco as vozes que alardeiam a impossibilidade de uma sua “tradução” ou enlace teórico, mormente porque o que se está aqui a ensaiar é uma concepção de diferenciação que toma como ponto de partida o eixo reflexivo que se abre com o próprio “ato de sua apreensão” – como se estivéssemos a perceber uma “autonomia reflexiva” do direito – tal qual assumíssemos uma premência pragmática que, embora admita a inapreensibilidade do direito, queira discutir aquilo que de apreensível ele nos apresente¹¹. Ou, no mesmo sentido, sabendo que a tradução é trabalho impossível, voltasse suas atenções às traduções já realizadas, para nesse espaço, discorrer acerca de sua diferenciação e eventual autonomia¹². Diferenciação e autonomia essas que, im-

bém a um tipo de utopia. Talvez uma utopia <<científica>>, antes de mais, mas com patentes implicações no real político no caso da sua aplicação concreta – como é evidente.” DA CUNHA, Paulo Ferreira. *Constituição, Direito e Utopia: do jurídico-constitucional nas utopias políticas*. Op.Cit., p. 65.

¹⁰ No sentido de *pensamento em aberto* e sujeito à multiplicidade (*Vielheit*) que lhe confere *Wolfgang Welsch*: “Die Postmoderne hingegen operiert nicht mehr auf dem Terrain, nicht mehr im Horizont und nicht mehr mit den Mitteln der Versöhnung. Sie kennt Einheit nur virtuell, als offene, und hat statt dessen elementare Konstellationen von Vielheit vor Augen. Dieser Unterschied zur Moderne muß freilich nicht dramatisch in Erscheinung treten. Er kann (...) eine minimale Verschiebung bedeuten – aber ums Ganze.” WELSCH, Wolfgang. *Unsere postmoderne Moderne*. Berlin: Akademie Verlag, 2002, p. 177.

¹¹ Assim como *George Steiner*, concordamos que “compreender é traduzir”. E, como diz *Paul Ricoeur*: “Assim somos, assim existimos, dispersados e confusos, chamados a quê? Ora... à tradução! Existe um pós-Babel, definido pela “tarefa do tradutor”. Noutro momento do mesmo texto, continua: “Qualquer critério darwiniano de utilidade e adaptação é derrubado; essa multiplicidade inumerável é não só inútil, como também nociva. De fato, enquanto o intercâmbio dentro de uma mesma comunidade é possibilitado pelo poder de integração de cada língua tomada separadamente, o intercâmbio com a exterioridade da comunidade linguística é, em última análise, impraticável em virtude daquilo que Steiner chama de “prodigalidade nefasta”. RICOEUR, Paul. *Paradigma da tradução*. In. O Justo II. São Paulo: Martins Fontes, 2008, pp. 126 e 120, respectivamente.

¹² Perceba-se que quando se fala de uma *autonomia jurídica*, especialmente no âmbito judicativo, o que se está a referir é a um possível pensamento jurídico que não sofra ante às decisões de *autoridade do poder*. Abrem-se dois veios para a reflexão jurídica, uma destinada a conquistar sua *maioridade kantiana* – como logo mais frisaremos – e outra, com a qual não podemos concordar, uma tal que se permita enredada pelo discurso do *poder*, sem que aquela primeira possa ser confundida com qualquer intelectualismo cognitivista. Em linha muito semelhante a essa, e lembrando a proximidade de *Emilio Betti*,

porta frisá-lo, uma vez ignoradas ou simplesmente deixadas de lado – como se torná-las uma questão jurídica fosse ousadia fútil –, condena-se o território da juridicidade e, da mesma forma, o trabalho de extração da normatividade jurídica a ser ocupado por enredos e atores que em verdade não são outra coisa senão tramas discursivas do assim chamado *não-direito* ¹³.

Embora diante de tal dilema nos atinja algum momento de hesitação, sendo-nos forçoso meditar quanto à grandeza da questão que então nos propomos perquirir, toca-nos imenso a vontade de participar dessa juridicidade, num intento de ocupar esse espaço-território *privilegiado* e compor os enredos de sua própria normatividade: como de certa forma tem ensinado Aroso Linhares com sua proposta de uma *reescrita* da “teoria” do direito ¹⁴. Ademais, é porque não há direito senão sob esse tecido frágil que

assim escreveu Vittorio Frosini: “La conversione dal disordine all’ordine implica la celebrazione di un principio di razionalità esterno al mondo sociale e messo in opera del legislatore: idea questa, che ai ricollega alla visione dei giuristi dell’età dell’illuminismo, che abbiamo già richiamato, e che postula un principio politico di autorità, che legittima le <<regole di diritto>>. Nel pensiero di Betti, la conversione avviene invece anche per opera del principio di autonomia, in alternativa o perfino in antitesi al principio di autorità (...), con l’apporto incisivo della dottrina giuridica: sono queste che contribuiscono tutte insieme alla vigenza delle <<regole non edittate>>, ma presenti ed efficaci neglo ordinamenti giuridici. Il mondo della viva esperienza giuridica è dunque un multiverso, che non si lascia ricondurre a ridurre all’universo intellettuale del formalismo giuridico.” FROSINI, Vittorio. *La lettera e lo spirito della legge*. Milano: Giuffrè Editore. 1995, pp. 56/57. Daí que Martin Kriele tenha dito: “Die gesetzgebende Gewalt hat aber kein Rechtsetzungsmonopol, sondern nur eine Rechtsetzungsprärogative.” KRIELE, Martin. *Theorie der Rechtsgewinnung*. Op.Cit., p. 196.

¹³ O dilema ao qual estamos a nos dedicar vai de certa forma sublinhado por Jean Carbonnier da seguinte forma: “Le dilemme n’est donc pas entre la loi et d’autres formes du droit: il est entre le droit et le non-droit. Mais entendons-nous bien sur le non-droit: ce n’est pas le néant, meme pas le chaos. L’hypothèse est que, si le droit est écarté, le terrain sera occupé, est peut-être même déjà occupé d’avance, par d’autres systems de régulation sociale, la religion, la morale, les moeurs, l’amitié, l’habitude. Mais ce n’est plus du droit.” CARBONNIER, Jean. *Essais sur les lois*. France: Defrenois, 1979, p. 283.

¹⁴ Nesse sentido de uma *reescrita* da “teoria” do direito a partir um *direito crítico*, conferir, especialmente: AROSO LINHARES, J. *Entre a reescrita pós-moderna da modernidade e o tratamento narrativo da diferença ou a prova como um exercício de <<passagem>> nos limites da juridicidade. Imagens a reflexos pré-metodológicos deste percurso*. Coimbra: Coimbra, 2001. E numa síntese do que se dirá no capítulo subsequente, à página 347 lê-se: “Trata-se desde logo de exigir que a modernidade jurídica relevante (aquela, como veremos, que se mostra apta a participar, como discurso autónomo na <<guerra dos géneros>> se confunda com um processo-eixo historicamente experimentado (mas também autorreflexivamente construído) de emancipação (<<descentralização>) da esfera cultural direito e de fixar neste uma representação definitiva ainda hoje insuperada (só que muitas vezes inconfessadamente prosseguida) da juridicidade.” Igualmente relevante, sobretudo porque bastante esclarecedor, é o seu: *Introdução ao pensamento jurídico contemporâneo. Sumários desenvolvidos*. Policopiado. No qual, à página 07, lê-se: “Mais do que admitir que o direito (a aplicar, a executar ou a realizar) possa ou deva ser convocado como uma *moldura* ou como uma *fronteira* – capaz de delimitar (enquadrar) um território... e este como um *ensemble* de possibilidades de decisão (<<todas elas>>) equivalentes – trata-se com efeito de reconhecer que é na fixação desta moldura e (ou) na sua especificação *cognitiva* – uma especificação ainda protegida como interpretação tout court ou já inscrita (como etapa apenas analiticamente reconhecível) num processo de *concretização-realização* – que se consuma (que se esgota) a tarefa autonomamente jurídica (internamente jurídica) de determinação do direito e dos seus materiais.”

compõe a juridicidade que assumir esse dilema se apresenta – é o que nos parece – como desafio central e forçoso para qualquer *pensamento jurídico crítico*. Fato é que assim como há palavras que uma vez lançadas no tempo tornam-se desde logo verdadeiros aforismos e então atravessam os séculos qual evidências infungíveis, também o direito e o sentido crítico que lhe cabe ajuizar veem-se desde sempre golpeados pelos discursos que, tradicionalmente, se lhes referencia. De sorte que não raro as ditas “intenções críticas” (e suas “teorias críticas”) que historicamente o capturam não estão a pensar propriamente um *direito crítico*, senão algum seu apêndice normativo: lembremos que o “direito como direito”, isto é, o direito *qua tale* não se confunde com suas positividades históricas, delas lançando mão tão só como mediações. Esse sentido, bem como a palavra-*direito* que lhe é o “núcleo significante” não se nos apõem como necessidade ahistórica alocada fora de um devir-societal, no que deve ir implícito que o ato de questioná-lo é caminhar ao largo de uma suposta futilidade reflexiva ou de alguma insuspeita tranquilidade acadêmica, mormente porque está a inferir quanto à possibilidade ou não de sua subsistência enquanto tal – como ensina *Castanheira Neves*¹⁵.

Que se trate de trabalho árduo e quiçá sem certeza quanto a um termo final parece-nos no todo trivial dizer, sobretudo se se tem em mente que tantos outros sobre esse mesmo tema já se debruçaram sem que possamos, ainda assim, dizer de modo seguro que alguma noção ou mesmo uma singela compreensão global tenha cabalmente se firmado. Fato é que mesmo os mais modestos positivismos, como aqueles de um olhar tão só *exegético* do trabalho jurídico, com suas reduções cognitivistas – e de certa forma simplistas¹⁶ – da juridicidade a um *dado* histórico, mesmo eles não se veem au-

¹⁵ “(...) eis-nos na situação de duvidar da necessária subsistência hoje de um desses aforismos – aquele em que, após a sua enunciação por Cícero, nunca havia deixado de ver-se um grânulo de decantada sabedoria: *ubi societas, ibi ius*. No ilimitado empenho crítico do nosso tempo – tempo de uma outra e grande sofística que deixa o próprio *sapere aude* kantiano a perder de vista: não estamos a viver um nova *Aufklärung* ou não se consuma conosco, exacerbadamente, o iluminismo? – o direito, essa tão característica dimensão do homem europeu projetado universalmente (embora tantas vezes confundido, e hoje sobretudo, com o que o direito não é) tornou-se uma entidade radicalmente problemática.” CASTANHEIRA NEVES, A. *O direito como alternativa humana. Notas de reflexão sobre o problema actual do direito*. In: *Digesta: Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. Volume 1º. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 287.

¹⁶ No que toca a *Escola da Exegese*: “Trata-se assim de um pensamento ahistórico do histórico. Só porque a normatividade jurídica se concebia em termos puramente racionais abstractos e a esgotar-se nesse plano era, na verdade, lícito pensar-se que as regras gerais e abstractas da lei bastariam em si e por aí às exigências da vida práctico-social, não obstante a sua concreta historicidade. Era a identificação da juridicidade e da sua normatividade com a racionalidade abstracta – a noética do jurídico com a lógica, a razão prática com a razão teórica. No que temos de reconhecer agora a presenta do racionalismo jusna-

sentes daquele desconforto de que nos falara *Kant* quando colocados diante da questão “o que é o direito?”¹⁷. Com efeito, mesmo o voluntarismo (e o respectivo nominalismo) aí presumido, isto é, a intenção positivista de um abatimento contínuo do direito a um simples “objeto”, além de vã e axiomática, não deixa de lembrar-nos que também essa uma “definição própria” que se estava a conquistar, de certa forma mais densa do que as historicamente precedentes, não abre mão em sua prática de uma sustentação e de um arcabouço reflexivo que lhe concorra como pano de fundo infungível¹⁸. Se por certo a questão se coloca como *continuum*, rompendo-se então a vazante para as mais diferentes análises – tanto sincrônica quanto diacronicamente cotejadas¹⁹ – a fissura daquilo que se chama *quid specificum* do jurídico (como diria um cientista social) não dispensa renovados e contínuos esclarecimentos, daí não nos parecer viável anuir com a não-concepção segundo a qual o problema da definição do Direito, porquanto inso-

turalista moderno-iluminista a alimentar e ao serviço de um estrito legalismo.” CASTANHEIRA NEVES, A. *Escola da Exegese. Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros. Volume II*. Coimbra. 1995, p. 185.

¹⁷ “Tal como a muito citada indagação ‘o que é a verdade?’ formulada ao lógico, a questão ‘o que é o direito?’ poderia certamente embaraçar o jurista, se este não quisesse cair numa tautologia ou, ao invés de apresentar uma solução universal, aludir ao que as leis em algum país em alguma época prescrevem. Ele pode realmente enunciar o que é estabelecido como direito (*quid sit iuris*), ou seja, aquilo que as leis num certo lugar num certo tempo disseram. Mas se o que essas leis prescrevem é também direito e qual o critério universal pelo qual se pudesse reconhecer o certo e o errado (*iustum et iniustum*), isto permaneceria oculto a ele, a menos que abandone esses elementos empíricos por enquanto e busque as fontes desses juízos exclusivamente na razão, visando a estabelecer a base para qualquer produção possível de leis positivas (ainda que as leis positivas possam servir de excelentes diretrizes para isso). Como a cabeça de madeira da fábula de Fedro, uma doutrina do direito meramente empírica é uma cabeça possivelmente bela, mas infelizmente falta-lhe cérebro.” KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Bauru SP: Edipro, 2003, pp. 75-76.

¹⁸ Com o que concorda João Baptista Machado: “Pelo que não será possível apreender uma relação social sem aprender (isto é, compreender a ponto de ser capaz de aplicar como regra de acção) o critério ou critérios normativos que regem essa relação e a configuram na sua especificidade ou identidade própria: o próprio dado não é um fenómeno puramente extrínseco, semelhante ao das forças que interatuam num sistema físico, mas um dado cuja apreensão ela mesma requer a compreensão de um critério já posto (ou pressuposto).” MACHADO, João Baptista. *Introdução do direito e ao discurso legitimador*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 27.

¹⁹ Embora não no mesmíssimo sentido de fenómeno jurídico, havendo uma diferença especialmente quanto ao limite do “objeto de análise”, conferir, sobre a utilização e diferenciação das análises sincrônica e diacrônica no direito e na ciência jurídica: LOSANO, Mario. *Os grandes sistemas jurídicos*. Trad. Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, em que, às pp. 544/545, se lê: “As comparações diacrônica e sincrônica constituem os primeiro nível de abstração em relação ao material bruto oferecido pelo direito positivo, na medida em que buscam pontos de contato ou de contraste entre ordenamentos jurídicos diferentes.” E, mais à frente: “A exigência de concreção leva o comparatista a analisar não apenas a letra das disposições jurídicas, mas também sua efetiva aplicação, uma vez que todos os sistemas de direito positivo apresentam discrepâncias mais ou menos relevantes entre a formulação linguística das normas e o uso que dela se faz na prática. O contraste entre direito vigente e direito vivo, entre law in the books e law in action, é uma das principais dificuldades que o comparatista encontra quando trata dos grandes sistemas jurídicos modernos.”

lúvel, está resolvido²⁰. De outro lado, tampouco parece adequado dizê-lo no todo flexível ou disponível às “capitanias societais”, tal qual fosse o caso de a ele não caber um qualquer “território próprio” ou *função* normativa: não é à toa que, nessa mesma senda, o antropólogo do direito – *Norbert Rouland* – ao investigar os confins da juridicidade no escopo de desmitificar a habitual compreensão do direito como “jogo social de ameaças e punições” tenha concluído, e sem qualquer cerimônia, pela necessidade de não se lhe conceber demasiada flexibilidade, sob pena de com isso se descaracterizar sua essência²¹.

De outra banda, se de *um lado* se assiste na atualidade a um direito que perde relevo normativo, como que sentindo ele mesmo uma espécie de consumação – senão verdadeiro fenecimento – de seu tradicional destacamento regulativo ao nível da “eficácia social”, bem como a uma sua retração face à crescente expansão das soluções operadas pelo *non-droit*, paralelamente a isso se intensificam de *outro lado* os ditos “meios de controle social” nos moldes da assim chamada “orgia das leis” ou inflação legislativa – na expressão de *Grant Gilmore*²². De qualquer modo, em que pese essa historicidade do direito, acompanhada que é de uma inevitável “contingência normativa”, seja ponto de partida inelutável para qualquer apreensão minimamente coetânea com os limites e especificidades da juridicidade, o específico problema deste capítulo não atuará desde logo um tal diagnóstico, reservando-o ao capítulo seguinte: com efeito, o segundo capítulo deste trabalho (como segundo tempo da ocorrência jurídica),

²⁰ De modo que não parece possível, igualmente, concordarmos com a afirmação segundo a qual: “Um trabalho nesta área pode rebuscar as raízes e as razões das teorias existentes, compará-las, e propor sínteses, ou superações, ou apresentar novas propostas. Mas ninguém irá prescindir facilmente da sua posição (<<vous tenez à votre définition du Droit; je tiens à la mienne>>), nem se poderá facilmente convencer os vindouros a abdicarem de pensar de novo o problema.” Certamente que a questão está e permanecerá em aberto aos vindouros, e merece ela de fato um renovado esforço jurídico, mas isso não vai ao encontro da conclusão de que cada um tem a sua concepção de direito e, portanto, porque insolúvel a questão está resolvida. Sobre isso, conferir: DA CUNHA, Paulo Ferreira. *Constituição, Direito e Utopia*. Op.Cit., p. 58.

²¹ Referindo-se àqueles que seriam os juristas clássicos, teimosos em apreender o direito a partir daquele jogo de poder em que sua especificidade se encontra na obrigação que impõe socialmente, diz: “Não os ataquemos precipitadamente: o direito não deve diluir-se excessivamente, sob pena de já não poder cumprir a função de modelo a que almejamos. Assim também, as formas não são vãos artifícios, mas pontos de referência. (...) Reconheçamos mesmo que, se não provoca o sentimento de obrigação, o direito se evapora. Mas não podemos superestimar a eficácia das ameaças e das punições, que o deixam por demais cinzento. Para devolvê-lo à sociedade civil, em toda parte onde for possível, dever-se-ia visar que recomende mais do que ordene.” ROULAND, Norbert. *Nos confins do direito. Antropologia jurídica da modernidade*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 15.

²² De *Grant Gilmore*, conferir: GILMORE, Grant. *As eras do direito americano*. Trad. Pinheiro de Lemos. Rio de Janeiro: Forense-Universitária. 1978, em que se trata a temática da inflação legislativa que abate o direito e o labor do jurista no correr do século XX.

volta-se a perscrutar de forma pontual essa historicidade (a atualidade) do direito; este primeiro capítulo assenta, como que previamente, a concepção de direito que então sofrerá essa atualização. Não se cuida, portanto, de convocar e chamar atenção, ao menos não por ora, dos aspectos problemáticos que a conjuntura hodierna impõe ao pensamento jurídico em seu trabalho de apreensão-realização do direito, antes importando-nos frisar aqui – a esta altura – isso que acreditamos serem as características inelutáveis do “direito como direito” (o direito *qua tale*). Sem esse primeiro momento, perceba-se, o mencionado diagnóstico se faria certamente vazio ou excessivamente generalizante: isso porque, para que tratemos da subsistência ou não, bem como da situação atual do direito e de sua juridicidade, faz-se mesmo imprescindível saber do “o quê” estamos a falar²³.

Com efeito, parece-nos evidente que a dificuldade senão impossibilidade de bem se delimitar isso a que se chama juridicidade habita no fato, certamente que um tanto paradoxal, de o direito estar continuamente a transbordar de *sua prática judicativa*²⁴, a ponto mesmo de – com isso – atingir a fundo em nossas retinas, para usarmos uma expressão de *Paulo Ferreira da Cunha*: talvez seja isso ainda – essa como que inevitável imersão jurídica – o que nos faz como que “cegos perante o direito”, haja visto que temos nossas vidas desde sempre recortadas por sua discursividade e respectivas positivities, cuja ubiquidade normativa de fato a tudo encampa e da qual ouvi-

²³ “É que no plano das realidades evolutivas e, portanto, no plano estrutural não é seguro que o direito enquanto tal subsista, pois não é impensável que o seu sentido – e o sentido ontologicamente constitutivo dos seres culturais – não esteja em superação nos pressupostos e dimensões das sociedades que o nosso tempo está a forjar. Pelo que justamente a dúvida quanto à inferência ubi societas, ibi ius, ou seja, a sociedade sem direito não é tão só limite lógico da extrema problematização que sofre o direito nos planos crítico e sociológico, ou ao nível do juízo e dos factos, é algo que se pode inclusive reconhecer no horizonte real da evolução (ou de uma certa evolução) das actuais estruturas sociais e culturais – é, digamo-lo assim, uma possibilidade histórica e a fazer com que <<o fim do direito>> não seja um tema absurdo. Com esta nota, porém: o problema humano-social que o direito tem milenarmente tentado resolver não fica eliminado, o que se verifica é que são já identificáveis soluções (ou propostas de solução) diferentes da sua para esse problema.” CASTANHEIRA NEVES, A. *O direito como alternativa humana*. Op.Cit., p. 288

²⁴ “Convém a propósito distinguir duas modalidades diferentes de “perfazer” ou “concluir”: a *executiva* e a *judicativa*. A primeira é a execução exacta de um projeto talhado no plano da facticidade contingente e à medida dela, atendendo ao curso previsível dela, e visando alcançar um resultado determinado nesse mesmo plano. Aí está em causa apenas a obtenção do resultado previsto, sendo tanto a decisão como a acção determinadas pelo projecto e pelas directivas de execução emanadas da organização que o dita. a segunda é a explicitação concretizadora e complementadora de uma ordem normativa, enquanto ordem coerente, na sua aplicação aos factos. Está em causa a manutenção e o aperfeiçoamento de um ordenamento, não a execução de um *projecto* procedente da razão construtiva. E está em causa a manutenção de uma supracontingente, não talhada em função da facticidade contingente mas no plano dos princípios que incorporam virtualidades de adaptação a todas as contingências.” MACHADO, João Baptista. *Introdução do direito e ao discurso legitimador*. Op.Cit., p. 325.

mos falar desde a mais branda infância – de sorte a termos já nascido em meio à juridicidade –, ainda assim não nos é fácil articular um simples “eis o direito”²⁵. Tal qual se a proximidade que nos mantém conectados – e assim a embeber de humanidade a ocorrência jurídica, mas também a embeber de juridicidade a humanidade – fosse tamanha que simplesmente não se nos fizesse consentido sequer abrir os olhos e apreender os contornos de sua *exterioridade*.

Assim como ao biólogo cumpre debruçar-se sobre e catalogar a “realidade orgânica” (físico-química) do nosso planeta e ao antropólogo intentar o arrolamento das categorias ditas essenciais ao *homem* e à cultura, exigindo-se para tanto um alinhado conhecimento instrumental e analítico, o trabalho que acorre ao *homo juridicus* cumprir – para que o seja afinal assumido como tal – arma-se igualmente a partir da compreensão que se tenha do seu próprio labor. Da mesma forma como a “essência do homem” é, nessa toada, como que algo dependente da boa ou má análise antropológica – e não se poderá negar que também aí há alguma arbitrariedade dos dados verificáveis –, o direito e sua normatividade (como “vínculo jurídico”) estão da mesma forma entregues ao bom ou mau desempenho que o *jurista* empenhe em sua prática. Daí que diferentemente do que acontece com nossa língua materna, bem como com as palavras que utilizamos no nosso dia-a-dia, às quais não temos de ser devidamente apresentados para que delas diariamente lancemos mão, embora com isso possamos (e de fato nos é lícito) cometer algum deslize de forma, posto que a comunicação o permita, o direito exige uma iniciação específica, espécie de ritual de passagem sem o qual dificilmente dele se faz possível um manejo a contento²⁶. Se nos é permitido de alguma forma não

²⁵ Daí que, como escreveu *João Baptista Machado*, embora em “nossa vida de todos os dias entremos em contato com o Direito, (...) é sobretudo quando a vida jurídica apresenta aspectos patológicos – violação de normas jurídicas, litígios entre particulares ou entre estes e as autoridades públicas – que tomamos mais aguda consciência da realidade jurídica e pensamos então em coisas tais como os códigos e as leis, os tribunais, a polícia, as penitenciárias, etc., etc. É normal: em regra só tomamos perfeita consciência do valor da saúde quando estamos doentes.” MACHADO, João Baptista. *Introdução do direito e ao discurso legitimador*. Ibidem., p. 11.

²⁶ Devendo ficar assentado uma diferença central: “Assim, p.ex., o “dis-curso” jurídico-dogmático opera, em relação à decisão ou conclusão, de um modo por assim dizer coercivo, negativo ou limitativo: canaliza o pensamento até ele abicar numa “saída” ou se dirigir para uma única saída, mas não edita (ou pro-fere) a conclusão (decisão). Esta exige em último termo um acto de adesão. Diferentemente, o discurso teórico não se limita a canalizar o pensamento até este se precipitar para uma saída; antes, edita ele próprio a conclusão. Razão de ser dessa diferença: o discurso hermenêutico tem na sua origem e no seu termo um momento de participação na comunidade comunicativa da pragmática vital humana; ao passo que o discurso teórico da ciência (puramente instrumental) abstrai desta realidade fundamental da condição humana para poder situar-se no plano e fazer percurso da racionalidade pura e forma”. MACHADO, João Baptista. *Introdução do direito e ao discurso legitimador*. Op.Cit., p. 325.

ir à escola para aprendermos e utilizarmos da comunicação, para que se utilize, ou bem se utilize o direito, faz-se de fato necessário frequentar algumas *Escolas* (aquelas que fazem do pensamento algo movente – parafraseando *Bergson*), não obstante tais escolas não devam mesmo ser confundidas com as pesadas correntes que por vezes imobilizam o pensamento.

O que caracteriza, portanto, o empenho de fixação de um suposto *objeto* da “ciência do direito” não é senão a própria controvérsia (como *debate judicativo*) na qual o pensamento jurídico se embrenha de modo imemorial: e muito embora as ditas *ciências sociais* sejam igualmente forçadas a refletir sobre essa tal temática, mormente em razão da “onipresença e onipotência” da juridicidade, a identificação de sua substância, mas da mesma forma a delimitação dos seus contornos e do seu estatuto epistemológico, não cerra fileiras de vozes uníssonas, tampouco estandartes de unanimidade. Sequer quais são os saberes que estariam – ainda que hipoteticamente – como que legitimados a inferir acerca da juridicidade, sequer aí forma-se um lugar-comum para eventual consenso teórico. Não é por outro motivo que já se tenha dito ser justamente essa miríade de teses e de pontos de vista, de diferentes concepções e de acordos tácitos e subterrâneos, como também por vezes a certeza de seu envolvimento com a chamada “cabeça da górgona do *poder*”, o que afinal convida o observador mais intrigado a de pronto resignar-se ante à pergunta, que, no entanto, é sempre tão urgente: *o que é o direito?*²⁷ Um recorte abstrato entre o “vínculo social” de um lado e o “devir do direito” de outro parece indispensável, não podendo se conceber simplesmente uma irreduzibilidade da normatividade jurídica; cabendo, pois, ao *homo juridicus* laborá-la, mesmo que sua “área de trabalho” pareça flutuar diante de seus olhos. Porque nela inserta, o jurista encontra o privilégio da “lógica dos campos” a lhe dar certa prerrogativa frente aos demais “cientistas sociais” – não que os deva ignorar, certamente – no que se refere às condições de dar sentido a essa pergunta. Conquanto não deva ele fe-

²⁷ Foi o que disse *Louis Assier-Andrieu*, tendo continuado da seguinte forma: “Os palcos da problemática jurídica são, assim, armados num único território, dividido em províncias hostis pela fronteira continuamente redefinida de uma indispensável distinção. No certo dos debates sobre o direito, há em primeiro lugar e acima de tudo o caráter movediço de seus limites e de seus critérios, sua faculdade de adaptação e de metamorfose. Sempre, joga-se o jogo da separação entre o jurídico e o social.” E mais à frente: “Embora o direito deite raízes na vida social, deve distanciar-se dela para fixar sua esfera de intervenção. O direito é ativo. Princípio de governo, referência normativa, modo contencioso, não poderia agir eficazmente sendo assimilável, redutível, ao todo comum dos sentimentos, dos valores, das representações, dos ideais e dos hábitos que ordenam, em qualquer grupo social, a regularidade dos comportamentos.” ASSIER-ANDRIEU, Louis. *O direito nas sociedades humanas*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 07 e 09.

char os olhos às críticas quanto ao “hermetismo” do discurso jurídico (no mais das vezes escoltado pelas amarras e redes do *poder*: a diferenciar-se um brocardo de autonomia e de autoridade do pensamento jurídico ²⁸), tampouco às diversas teorias críticas que se lhe dirigem, parecendo mesmo que tanto os enfoques sociológicos quanto os antropológicos não podem mais deixar de enriquecer sua resposta judicativa, abrir mão dessa sua vantagem – senão verdadeira *função* – equivaleria a colocar de lado a intenção de autonomia social das respostas jurídicas ²⁹: como não atingir a maioridade kantiana.

Mesmo com todas as discordâncias provenientes dos embates interpretativos e ideológicos que subjazem à tomada de posição nessa seara – que é, ademais, o território de determinação do *sentido do direito* (espécie de *sentire giuridico*) –, uma inferência parece-nos de fato forçosa: o direito não se confunde sem mais com a totalidade que compõe a normatividade social, por certo dela participando, mas não se reduzindo a ela. A normatividade jurídica ganha vínculo social, percebe-se, na exata medida em que se distancia desse grande bloco que compõe a *normatividade social*, de modo que ela não se encontra no todo abatida pela dita “vontade de poder” que caracteriza a sociabilidade. Nem o olhar de certa forma ingênuo daquele que vê o direito como o absoluto que cobre todo o social, tal qual fosse este um *direito em devir*, tampouco aquele de um sociólogo que só vê aí relações de poder. Recortar a juridicidade e diferenciar sua normatividade ante esse “grande bloco” – composto, ademais, pelas normatividades política, religiosa, moral, econômica, etc. – não nega que há aí alguma continuidade de a ser percebida, antes o contrário.

Admitindo-a como inevitável, referido recorte permite que melhor se compreenda como se comunicam essas normatividades, que por certo guardam alguma autonomia frente umas às outras, haja visto serem instanciadas em diferentes momentos da vida social. Não se nega que a existência jurídica se dá como que hibridamente, numa

²⁸ Segundo *Antoine Garapon*: “plus les frontières de cet espace autonome du droit seront fortes, c’est-à-dire clairement établies et officiellement affirmées, plus un jeu sera possible à l’intérieur et plus la liberté à l’extérieur sera grande.” GARAPON, Antoine. *Espace du droit, espace de jeu*. In. *Le jeu: un paradigme pour le droit*. Sous la direction de François Ost e Michel van de Kerchove. Paris: LGDJ, 1992, p. 39.

²⁹ “É uma imensa tentação dos sociólogos concluir daí que o direito ou o campo jurídico só representa um continente subalterno, dependente dos poderes políticos que fazem e desfazem as leis, das lógicas econômicas que lhe inspiram o conteúdo, dos esquemas religiosos e morais, aos quais é fácil reduzir a idéia de justiça. Contudo, a verdade é que o direito existe de modo distinto e que é precisamente reivindicando essa distinção que manifesta sua especificidade.” *Ibidem*, p. 13.

inevitável relação normativa e constitutiva com essas demais realidades sociais, sendo certo, ademais, que mesmo com realidades não propriamente normativas (embora atinjam algum nível de normatividade, num sentido amplo), como é o caso da *magia*, o direito com elas mantém igualmente algum contato. Ocorre que como projeto social sua ocorrência imprescinde de um certo apartamento ante o real, a fim não apenas de compreendê-lo, mas para que melhor o ordene, isto é, com o fito de armar suas decisões num formato coevo, com o que tanto sua ubiquidade diminui em horizonte de realização quanto sua normatividade restringe seu campo de consideração³⁰. Por certo que em tal empreita os “óculos” que o jurista deverá vestir não são aqueles que caracterizaram as virtualidades, atualmente insuspeitadas, do *cognitivismo jurídico*, cujas potencialidades se um dia tiveram o seu tempo hoje se apresentam ao arrepio – como que “a contra pelo” – das principais críticas no “campo” dos *estudos jurídicos*. Outro tecido que também intenta enfronhar a ocorrência jurídica, e cuja passagem aqui no mais se faz forçosa, mas que não deixa igualmente de se mostrar afeito às críticas mais atuais, é o da visão como que mais *souple* do realismo clássico: sem embargo de tantos outros contributos, os quais testam, matizam, mas também enriquecem essa visão, sobretudo porque não a deixam imune de deficiências, dela ora lembrarmos faz com que assentemos, e desde logo, a inviabilidade de uma identificação anacrônica da essência do direito com a *lei*, devendo-se rejeitar de maneira efusiva uma tal injunção, além de sim-

³⁰ “Para se firmar como ser *a se*, o Direito teve de limitar as pretensões normadoras do seu projecto, e encontrar uma certa *détente* face aos demais concorrentes. A partilha da política entre o Direito e a política não jurídica a partir de então parece ser uma das conquistas mais revolucionárias no plano dos princípios, e embora sempre tenha havido atropelos a essa Tordesilhas primordial, não há dúvida que o prestígio da primeira função indo-européia, herdado pelos juristas, deve ter pesado face a uma visão sempre belicista e agonista que subsiste no imaginário político, e que o aproxima da segunda função, a guerreira. O Direito prescindiu de criar paraísos na terra, cingindo-se a ser vigilante, guardião do que a sorte, a economia e a política *tout court* houvessem já distribuído pelos cidadãos.” Não é à toa que, na página seguinte, assim conclua o autor: “Consideramos intelectualmente são que se procure alcançar para as ciências, os saberes, as artes, as técnicas... um mínimo de arrumação e delimitação precisas – apesar da extrema dificuldade de êxito de uma tal empresa (ou mesmo da sua impossibilidade em absoluto) resultante dos conflitos territoriais, em que se luta pela hegemonia de uma episteme, com seu léxico, seus preceitos e seus cultores.” DA CUNHA, Paulo Ferreira. *Constituição, Direito e Utopia: do jurídico-constitucional nas utopias políticas*. Op.Cit., pp. 62/63. Sobre a noção de “hegemonia de um léxico”, conferir: “CHARTIER, Roger. *A história cultural. Entre práticas e representações*. Trad. Maria Manuela Galhardo. Lisboa: Difel, 1990. Aí se lê que (p. 17): “As percepções do social não são de forma alguma discursos neutros: produzem estratégias e práticas (sociais, escolares, políticas) que tendem a impor uma autoridade à custa de outros, por elas menosprezados, a legitimar um projecto reformador ou a justificar, para os próprios indivíduos, as suas escolhas e condutas.” Ainda, à p. 31: “(...) essas lutas intradisciplinares ou interdisciplinares cujas configurações são próprias de cada campo de forças intelectuais e onde o que está em jogo é uma posição de hegemonia que é, antes de mais, a hegemonia de um léxico.”

plesmente se valorizar, como sói admitirmos se faça com grande frequência, a importância normativa de outras tantas *fontes do direito* ³¹.

Naquilo que se possa ter como uma *fenomenologia da ocorrência jurídica* ³², sobretudo se apreendida em ou voltada a uma sua referência lexical e teórica, ou simplesmente reflexiva (uma fenomenologia que coloca a analisar o *dever reflexivo* do campo jurídico), não foram poucas as *pesadas correntes* – e a tal ponto de delas ainda hoje nos ser difícil um desenlace – que optaram por uma postura tal que empenhasse o direito como simples “objeto” de estudo diante do qual se colocaria o pensamento jurídico. Deveras, ao que parece é mesmo a pergunta por esse “objeto” aquilo que tem animado a continuidade do pensamento dos juristas: como se o direito se reduzisse, afinal, a mero *objeto*. Por certo que o direito se nos coloca diante dos olhos sob um formato historicamente determinado – tal qual o dito direito-*objeto* –, acontece que tais aparições não são senão a aparência de alguma essência. Não obstante a contingência que marca a ferro a realização do direito, as suas positividades históricas não abarcam senão que parcelas da juridicidade, aparecendo cada uma delas como que ultrapassável por essa mesma ocorrência ³³. Embora nenhuma das tantas lógicas de pensamento, dos procedimentos e protocolos intelectuais que perpassam – no mais das vezes sem qualquer perplexidade – a área dos *estudos jurídicos* devam ser afastadas *a priori* do campo de observação que se abre ao pensamento jurídico – antes parece mesmo que o fado do *pensamento jurídico* seja o ter de avaliar, ou ao menos reconhecer todos esses diferentes enredos –, o seu espaço de emergência é propriamente esse território a princípio desterritorializado (a lembrar a noção de “área em aberto” de que nos fala Aroso Linhares). Certamente que nem toda tentativa de uma sua reterritorialização – para con-

³¹ Conferir, quanto às ditas “fontes do direito” e suas modalidades: ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito. Introdução e teoria geral*. Coimbra: Almedina, 2005, pp. 255 e seguintes.

³² Não se está aqui a referir à dita “teoria fenomenológica do direito”, que pressupõe uma essência jurídica passível de destilação analítica. Quando utilizamos a expressão fenomenologia do direito estamos a nos referir à sua *ocorrência própria*, isto é, àquilo que se pode tratar sob a epígrafe de *dever jurídico*. Quanto a esse olhar fenomenológico, suas pretensões e limitações epistemológicas, conferir: LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamengo. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1983, pp. 129/139.

³³ Nesse sentido, parece não ser dispensável lembrarmos as seguintes palavras, por certo um tanto duras: “O direito não existe, ou não [é] mais do que o nome. Não designa nenhuma substância (...) mas práticas, práticas jurídicas que (...) são sempre particulares. (...) recusar-se-á uma expressão como: “*Ubi societas, ibi jus*”. Onde houver sociedade, poder, coerção, legalidade, não há necessariamente direito. o direito deve ser considerado como um fenómeno raro e precário e a existência de um direito, numa sociedade, como um acontecimento do qual compete, precisamente, a uma filosofia do direito dar conta.” EWALD, François. *Foucault, a Norma e o Direito*. Trad. Antonio Fernando Cascais. Lisboa: Veja, 1993, p. 60.

tinuarmos usando uma expressão de *Deleuze* – representa o intento, como pulsão jurídica, de delimitar um campo para a *crítica jurídica* (ou, um *Direito crítico*): a doutrina que se trata pela alcunha de realismo, *ad exemplum*, não foge dessa tendência, tendo afinal resumido o labor jurídico, *ipso facto*, à obra sociológica.

Não se deve condenar, no entanto, a perspectiva que se pretende hoje realista, não num sentido acrítico e sociologizante, mas que atente a algo de fato essencial na delimitação dos espaços jurídicos, o que seja a necessidade de se perscrutar o “direito como prática”. Não é à toa que veremos portentosos nomes do pensamento jurídico contemporâneo, mormente voltado à dimensão prático-judicativa do direito, a lançar suas atenções ao dito *law in action*: e aqui temos em conta, principalmente, e porque para nós sobremaneira caros, autores como *Josef Esser* e *Martin Kriele*, mas também, ao que nos parece, os portugueses *Castanheira Neves* e *Aroso Linhares* – certamente que cabendo ressalvas para cada um deles³⁴. Ultrapassa-se assim a imposição política de uma consideração tão só positiva da juridicidade, de modo a ganhar relevo não mais um direito-autoridade prontamente realizado cuja forçosa análise judicativa – por meio do pensamento jurídico – se daria como mera “interpretação” ou desvelamento de uma realidade jurídica estática ou já no todo curada e petrificada: assumir afinal que o direito não tem essência é inferir que sua essência reside na própria busca por uma tal di-

³⁴ Perceba-se que não se está aqui a tratar de modo analítico ou restrito a dita corrente americana do *realismo jurídico*, ou de sua diferenciação escandinava, mas apenas a salientar que o olhar desses autores se volta a perscrutar o *direito em realização*, isto é, o “direito como prática”, aproximando-se com isso da noção de *law in action*. As premissas básicas que esse olhar já menos curado, no sentido de menos petrificado ou menos endurecido da juridicidade, são basicamente as seguintes: “Uma prima questione (...) è quella di come spiegare il fenomeno dell’espansione dell’intervento del giudice verificatosi in quest’ultimo dopoguerra specie nei paesi a diritto codificato. Procedendo per necessarie semplificazione, è possibile sintetizzare almeno alcuni assunti di base che accomunano queste ricerche. Mi sembra di potere affermare che l’enorme accrescimento della c.d. *judicial legislation* di questi ultimi decenni viene attribuito essenzialmente a tre fattori: a) crisi dell’idea di codice; b) fuga del legislatore dalle sue responsabilità e conseguente allargato ruolo di supplenza assunto dal giudice ordinario; c) passaggio dallo <<Stato di diritto>> (*Rechtsstaat*) allo <<Stato sociale di diritto>> o <<Stato di giustizia>> (*Gerechtigkeitsstaat*).” ORRÚ, Giovanni. *Richterrecht. Il Problema della libertà e autorità giudiziale nella dottrina tedesca contemporanea*. Milano: Giuffrè Editore, 1988, p. 26. Daí que se possa ler, a confirmar essa análise, em *Josef Esser*: “Realistischer Analyse kann indessen die Tatsache nicht entgehen, wie stark in Wahrheit auch im kodifizierten Privatrecht der Anteil de ‘judicial legislation’ bleibt, ungeachtet der Ideologie, der Richter habe nicht neues Recht zu setzen, sondern nur vorhandenes anzuwenden.” ESSER, Josef. *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*. Tübingen, 1956, p. 242. Ademais, esse livro de *Josef Esser*, como ensina perceber o próprio *Giavanni Orrù*, no mesmo livro ora citado, à página 10, “(...) costituisce un tentativo forese inegualiato di descrivere la parte non positivamente statuita del diritto positivo. A giudizio di questo autore, il diritto vigente non è generato da atti di posizione, *totum simul*, ma da processi di positivizzazione, progressivamente.” E, mais um vez com o autor tedesco, também no mesmo livro ora citado, à página 18: “(...) Das Recht nicht als ruhendes Kontinuum betrachtet, sondern vom Richterberuf her als jeweils in statu nascendi befindlich, so, wie es “wirkt” (“law as it works”, auch genannt: “law in action”).”

menção. É um direito não como objeto dado de qualquer sorte e em qualquer parte, mas um direito como “problema em realização”, como que a demandar o olhar crítico do jurista – daí falar-se nessa senda do dito *Juristenrecht* – na experimentação reflexiva de sua ocorrência, evidenciando o caráter de desenvolvimento-alargamento criativo da juridicidade³⁵. Daí que também *Martin Kriele* tenha mostrado preocupação com a pergunta implacável quanto ao direito, com o que se faria claro que suas descontinuidades normativas, tais como suas positivizações históricas, não são senão parte de uma contínua reflexão ou mesmo teorização em torno da necessidade de resolver problemas e de se decidir juridicamente³⁶. Como se o ir e vir do olhar do jurista, os espaços e campos que tal olhar percorre, fosse de relevância primeira para a determinação desse direito cuja “essência” vê-se espelhada em sua própria prática.

O direito dito direito-*objeto* apresenta-se ao pensamento jurídico não como uma autoridade implacável, mas como uma hipótese a ser, *caso a caso*, inquirida e quiçá referenciada no vínculo jurídico, não se nos apresentando – absolutamente – qual uma obrigatoriedade o seu cumprimento em concreto, mormente porque intervirá ainda uma *dimensão judicativa* a envolver a prática de sua realização³⁷. Essa “área em aberto” que é o território jurídico ocupa-se, portanto, como espécie de “contínua conquista” reflexiva ante o trabalho de engendramento (a formar verdadeiras coletâneas

³⁵ Ou, como diz *Orrù*, “il carattere consapevolmente creativo-valutativo”, como que a modificar o entendimento – na linha do que acima vimos *Vittorio Frosini* salientar – de o que seja um “direito vigente”. “Il diritto vigente non è contenuto soltanto nella legge, ma è sempre il risultato di un processo evolutivo di concretizzazione, al quale la giurisprudenza partecipa in maniera decisiva: perciò il giudice – che il legislatore lo riconosca o no – è chiamato non solo ad applicare la legge, ma anche a perfezionarla: si tratta sempre di un’attività necessariamente libera e inventiva (*rechtsschöpferische Tätigkeit*). La legge da sola non può mai bastare, e <<solo un giudice responsabile, capace cioè di intervenire con proprie fondate valutazioni, è in grado di assicurare alle parti il diritto che esse veramente cercano.” *ORRÙ*, Giovanni. *Richterrecht. Il Problema della libertà e autorità giudiziale nella dottrina tedesca contemporanea*. Op.Cit., p. 13.

³⁶ “Das Hin- und Herwandern des Blicks zwischen Lebenssachverhalt und Rechtsnorm beherrsht das Denken des Juristen, dem ein Rechtsfall vorgelegt wird, von Anfang an. (...) Die Rationalität, die dieses Hin- und Herwandern des Blickes leitet, möglichst genau zu bestimmen, ist grundlegend für das Verständnis der Methode der Rechtsgewinnung.” Páginas atrás: “(...) die Methode juristischer Interpretation. Es ist ein Prozeß des immer fordauernden Wechsels von kontroverser *Reflexion* und *Dezision*.” *KRIELE*, Martin. *Theorie der Rechtsgewinnung*. Op.Cit. pp. respectivamente: 197 e 192.

³⁷ Não nos parece sem importância pontuarmos que, em que pese desembocando em “conclusões” diferentes, também *Chaim Perelman* a isso soube atentar: “O fato de o juiz submeter-se à lei ressalta a primazia ao poder legislativo na elaboração das regras de direito. mas disso não resulta, de modo algum, um monopólio do legislativo na formação do direito. o juiz possui a este respeito, um poder complementar indispensável que lhe permitirá adaptar a lei aos casos específicos. Se não lhe reconhecessem tal poder, ele não poderia, sem recorrer a ficções, desempenhar sua missão, que consiste no solucionamento dos conflitos: a natureza das coisas obriga a conceder-lhe um poder criativo e normativo do domínio do direito.” *PERELMAN*, Chaïn. *Lógica Jurídica*. Trad. Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 203.

jurídicas) de diferentes formas de *pensar o direito*: com o labor do jurista, bem como com as cogitações – a envolver por certo também os imaginários jurídicos – que a ele se fazem imanentes, acumula-se uma miríade de novas perspectivas voltadas aos novos problemas jurídicos. Como que a abrir – sempre novamente – novos horizontes ao direito, indicando-se-lhe caminhos passíveis de serem percorridos, ou simplesmente ignorados ³⁸. Daí que tenhamos falado acima que em direito o que se encontra, ou melhor, o caminho que se percorre para até ele se chegar traz à baila, inevitavelmente, aquela passagem por certa *Escola*, de tal modo que se a figura o direito como verdadeira *arte* ³⁹: uma arte que atinge sua epifania na constatação de que o seu próprio aprendizado e conhecimento, mas igualmente a conquista de um vínculo social próprio, dá-se no ato mesmo de sua extração social, isto é, com o destacamento que se opera com o lançar os olhos para a realidade social (então problemática) em busca de uma resposta jurídica: é aí que se apresenta a juridicidade, nesse movimento do pensamento jurídico ⁴⁰. Esse como que “ir à escola” do jurista não se confunde, entretanto, com carregar *pesadas correntes* jurídicas, como também já o dissemos, mas sim em assumir essa “continuidade problemática” como área ou moldura a ser experimentada reflexivamente: perceba-se que nesse sentido mesmo o positivismo (como corrente de peso no discurso jurídico tradicional), ou simplesmente o direito positivo não é outra coisa senão mais uma tentativa de resposta a essa mesma problematidade, contínua e inelutável.

Embora não se furtando à censura crítica, uma vez que tenha de fato condenado o direito ao arbítrio e ao puro subjetivismo decisional, não é noutra esteira que o

³⁸ É o que ensina *Martin Kriele*: “Aber mit jeder hinzugewonnenen Kenntnis von beantworteten Problemen eröffnen sich neue Perspektiven auf immer neue Probleme. So wie auch in anderen induktiven Wissenschaften, wie in den Naturwissenschaften, jede gewonnene Erkenntnis zugleich neue Horizonte aufreißt, neue Probleme sichtbar und drängend macht, so bringt auch dem Juristen jede Gesetzeslösung neue Probleme zur Geltung. Je kenntnisreicher der Jurist, desto intensiver sei Problemewußtsein.” KRIELE, Martin. *Theorie der Rechtsgewinnung*. Op.Cit. p. 202.

³⁹ Afinal, como – senão indo à *Escola* – seria possível rebater ou mesmo concordar com a inferência que se segue: “A Ciência do Direito estuda o dado jurídico na sua essência, portanto, colocando em primeiro plano a natureza normativa deste, como dever ser. O jurista visa sempre em última análise chegar à solução válida, a que deve ser: e isso pode levá-lo a deixar de parte a solução efectiva, a que habitualmente se pratica. Fá-lo-á não só porque a pode considerar contrária à ordem natural, como vimos, mas também quando desde logo a entenda desconforme ao dever ser vigente.” ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito*. Op.cit., p. 225.

⁴⁰ Como, em linha bastante semelhante, percebeu *Karl Engisch*, ao perguntar-se acerca do “concreto dever-ser jurídico de caso para caso”, que: “Logo, vemo-nos obrigados a relacionar a vida com o Direito. Como é que isto se processa? Esta questão conduz-nos directamente ao problema do <<pensamento jurídico>>.” ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Op.Cit., p. 77. Conferir, igualmente, páginas seguintes.

movimento assim conhecido como *Escola do direito livre* – e nessa vereda não poderemos deixar de lembrar as figuras seminais de *Ehrlich* e *Kantorowicz*, sem que se esqueça, certamente, do grande *Philipp Heck* – procurou orientar a realização do direito por meio de uma sua abertura ao social (não no sentido tanto formal quanto material)⁴¹. Firmava-se assim algum *vitalismo* no pensamento jurídico, de modo a recusar o suposto cientismo e respectiva unilateralidade da razão, firmando o plano da *vontade* e a intuição material (voltada mesmo ao *justo*) frente à lógica e ao pensamento dito teórico. Movimento tedesco que teve origem no âmbito próprio em que se desenrola o pensamento jurídico, em espécie de autocritica com intento de autossuperação autónoma da juridicidade – de modo que não se trata aí de mero evento provocado por quaisquer fatores externos ou alienígenas à prática judicativa –, firmava uma *razão vital* que ostentara sobrepujar a estrutural concepção do *status* de “ordem” social dada e implacável, para propor uma ocorrência jurídica como *intervenção teleológica*. Uma série de novos princípios éticos e políticos, mas que se estavam a rubricar como verdadeiros “princípios jurídicos normativos” – tais como a intenção de justiça social, bem como de um direito materialmente fundado (com fundamento material) e de realização substancialmente coetânea –, fitavam sensibilizar a tradicional preocupação da “segurança jurídica” por meio de uma pulsão que assumia como seu desígnio não mais a estabilidade de referida “ordem”, e sim a “transformação social”. Como se o homem que pensa passasse a se perceber para além das “virtuosidades inumanas” – nem sempre no todo *virtuosas* – que se havia propagado com uma *filosofia iluminista*, homem esse até aí ainda digitalizado na esteira da unidimensional ciência natural, a *práxis* requeria sua irreduzível autonomia: a necessária liberdade do jurista na procura do direito, não sem que se exigisse uma responsável atuação, grafava a juridicidade nos moldes de uma escrita “espiritual-culturalizante”, com o que a fissura inerente à ocorrência jurídica se

⁴¹ “Pois, na sua intenção sobretudo polémica e demolidora do legalismo lógico-formal, não chegou a repensar a específica racionalidade normativa do direito e do pensamento jurídico, não tendo por isso logrado propor, em substituição da anterior, uma nova verdadeira metodologia jurídica, onde a lei haveria também o seu lugar próprio, como um dos momentos – que não apenas como um factor virtualmente supérfluo e de expediente – da global realização do direito. E foi isso que afinal impediu o movimento do direito livre de dar uma solução válida ao problema da decisão contra *legem* – que não pode excluir-se in limite, pois é efectivamente um problema importante –, a ponto de às críticas que então veementemente se fizeram ouvir contra uma tal decisão, Kantorowicz se visse forçado à ilusória defesa de tentar nega o objecto da crítica, imputando a esta a criação de uma <<*fábula contra legem*>> (*contra-legem-Fabel*).” CASTANHEIRA NEVES, A. *Escola do direito livre*. Digesta II. Op.Cit., p. 200/201.

fazia óbvio e patenteava assim suas reclamações por um pensamento próprio, tal qual se iniciasse a atentar algum “problema específico” do direito.

Toda a série de postulados estruturais – assentados que estavam à base inquestionável do positivismo mais singelo – viam-se atingidos em sua abstração pela visceral lógica que a prática jurídica desde sempre imprime no devir do direito, passando ela mesma a moldar a normatividade que se queria conceber como *jurígena*⁴². Com a modificação dos ingredientes que compõem a dieta do jurista, alimentado-se a experiência jurídica nos moldes de um cardápio mais rico do que o *postulado do legalismo estatista* não podia admitir, o cultivo do *freies Recht* evidenciara a concorrência entre *ius* e *lex*. Por certo que direito não se confunde com qualquer estandardização ontológica de uma instância normativa inalcançável, como se poderia crer num feitio racional de jusnaturalização do fenômeno jurídico – como se afinal pudesse crer que o direito é instância intangível e mesmo inacessível à vontade humana –, mas mais corretamente não se lhe deve confundir com uma conjunção axiomática, isto é, como sistema unitário autossuficiente. A normatividade imanente à juridicidade não se permite eficazmente extraída por um pensamento jurídico que tenha intenções tão só interpretativas, ou meramente semânticas, ou ainda sintático-analíticas. Tampouco um postulado da subsistência ôntica que se aloca socialmente no espaço dos objetos apreensíveis lógico-dedutivamente, a demandar, pois, *aplicação* a casos concretos, tampouco disso se trata quando se refresca a prática jurídica a partir de suas aberturas imanentes. Fato que a paisagem jurídica não é estática e sua apreensão (ou captação) não se faz senão em movimento: os ventos que acorrem a tal paisagem a fazem por vezes dispersa, como a requerer uma análise emocionada do jurista, um *sentire* cuja ausência cega-o perigo-

⁴² Daí que haja quem proponha uma lógica material ao direito, como que a se formar na ruptura mesmo com a ordem da lógica formal e a erigir uma ordem de razoabilidade densa. Nesse sentido, lê-se em Eduardo Bittar: “No sentido da ruptura da ordem da lógica formal é que se deve lapidar o espaço da lógica do razoável, que apela não para respostas apriorísticas, mas para atitudes situacionais, permeadas pelas pregnâncias próprias ao contexto em que se desenvolvem e surgem essas questões. Aqui se abre espaço teórico para um apelo de contrariedade à lógica matemática na interpretação jurídica, pois todo o tema da aplicação e da interpretação demanda razoabilidade, ou seja, ponderação do que seja e do que não seja, circunstancialmente, e de acordo com inúmeras variáveis valorativas que não podem ser cultivadas no terreno da pura lógica artificial.” BITTAR, Eduardo. *Linguagem Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 150/151. No mesmo sentido, diz Recaséns Siches: “Esta observación pone de manifiesto que el sentido de la obra cultural – de conocimiento, de arte, de política, de Derecho, etc. –, es siempre un sentido *circunstancial*, es decir, un sentido referido a las circunstancias concretas em que se presentó la necesidad estimulante, en las que se concibió la conveniencia y la adecuación del fin, y en el que se apreció la idoneidad y la eficacia de los medios adaptados.” SICHES, Luis Recaséns. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. México: Porrúa, 1973, p. 140.

samente. Há espinhos, com efeito, que a alguém desatento podem ferir concretamente, marcando de sangue em razão de sua desatenção face à realidade histórica em que se está adentrando: a dita “problemática da realização” do direito não é por outro pretexto que é assim chamada: trata-se mesmo de *problema* que demanda contínua renovação de forças e de atenções.

Se de fato o que realmente interessa em direito é a sua prática ocorrência e sua realização em concreto – a *ocorrência jurídica* e, por conseguinte, o *direito em realização* –, não é com um simples elogio à “razão prática”, como a dizer, por exemplo, que o que agora importa pensarmos é a “aplicação do direito”, o que soluciona ou dá o devido enfoque àquele problema. Se não escapa da verdade inferir que o direito, bem assim o pensamento jurídico que lhe é inseparável, é tal que pertence à dimensão axiológico-normativa (mas também prático-*emocional*) da realidade social e humana, não se lhe deve conferir o status de *objeto dado* ao conhecimento teórico. Em direito não se trata tanto de ofertar um pensamento disposto a conferir e catalogar uma qualquer coisa posta a ele previamente, e isso porque, em verdade, não há qualquer *a priori* no direito ⁴³: o vínculo propriamente jurídico, porquanto dependente de um problema concreto, ganha forma e mostra-se aos olhos somente *a posteriori*. Tal qual se dá com a *Vida*, cujo desenlace por vezes incompreensível se opera no decorrer incessante e diário dos ditos “grandes acontecimentos” e suas respectivas datas históricas (suas grandes descontinuidades que marcam o tempo, como diriam alguns historiadores voltados ao *evento histórico*), mas também num cotidiano e numa vivência bastante carregada de vícios e “problemas menores”, como que a enraizar nossa existência por sob o terreno onde acorre o vento, da mesma forma o direito (e sua *normatividade*) se nos mostra de tal modo prático que não pode ser meramente categorizado em modos contem-

⁴³ Interessantíssimo – e de fato muito próximo ao que aqui se assume como *juridicidade*, embora já aproximando-se de uma análise da relação entre *direito* e *poder* e mesmo a um trabalho de *textualidade forte* – é o que se lê, a esse respeito, na belíssima tese de *Eduardo Bittar*, segundo a qual: “Quanto ao exercício do poder e ao caráter performático do discurso jurídico, pode-se dizer que a característica central deste é o fato de que não é um discurso que se restringe à descrição de fatos, à enunciação epidítica, à construção de situações deliberativas, à apresentação de conclusões lógicas ou epistemológicas ao deleito estético. Sua utilização é normalmente operativa, uma vez que seu discurso é transformacional. Nesse sentido, toda modalidade semiótica de descrição do discurso jurídico será marcada pela capacidade de gerar efeitos, de produzir resultados, e apresentar-se-á como *poder-fazer*. Essa peculiaridade de ser descrito sempre precedido da modalidade poder está a descrever-lhe o comprometimento com o exercício do poder. A modalidade poder, de fato, aparece presidindo a descrição das espécies de discurso jurídico (normativo, burocrático, decisório, científico), o que permite que se diga claramente que o discurso jurídico é um discurso de poder) (*poder-fazer-dever*, *poder-fazer-fazer*, *poder-fazer-dever*, *poder-fazer-saber*).” BITTAR, Eduardo. *Linguagem Jurídica*. Op.Cit., p. 133.

plativos ou bordões de abstração que não ganham estrato na realidade concreta: conquanto não se dilua sem mais no *fluxo* e nas conexões ocultas que o todo do devir social encampa – e não é por outro motivo que se nos faz ora possível pensar um destacamento próprio de sua normatividade –, o direito toca a vida com tamanha propulsão e nela se enreda de forma tão agarrada (e com isso constitui o motor que dá movimento à sua dialética) que também ele afinal não é outra coisa senão um *direito vivo* ⁴⁴.

Uma vez que o momento fulcral da “manifestação do direito” o encontramos na realização histórico-social da decisão jurídica, ademais concretamente problemática – ou, simplesmente, na decisão judicial como aparição de um *Terceiro Julgador* –, é esse o fator essencial que consubstancia o *pensamento jurídico*. Não em “normas ge-

⁴⁴ Impossível não lembrarmos aqui – ainda que de passagem – o movimento sociológico liderado por *Eugen Ehrlich*, qual seja o de uma perspectiva do *Direito vivo* (*Lebenden Recht*). Cuida-se de crítica ao positivismo então em voga, vulgar ou não, que – como dirá *Kelsen* – não permite que sejam confundidos *normas* e *fatos*. Muito a grosso modo, Ehrlich assume que há três possíveis formas de aparição do direito: aquela por meio do estado, isto é, como normas provenientes de um ambiente público-estatal; ainda, o direito que é laborado pelos juízes e juristas; e, aquilo que ele julga mais importante, os assim chamados “*facts of the law*”, como que a lembrar que o direito ocorre também para além do Estado, no âmbito das relações sociais. Como ensina *Bart van Klink*: “According to Ehrlich, the norms contained in these facts of the law have a far greater impact on people’s lives, quantitatively as well as qualitatively speaking, than the norms laid down in the State and the judicial law. Here is where the living law resides, the law made and maintained by the people themselves: by contrast, the ‘official’ law would always run the risk of becoming a mere dead letter by losing touch with the society in which it operates. In a later, if not his very last, publication, Ehrlich compared the attempt to capture the variety of life in legal propositions (*Rechtssätze*) to the futile effort to entrap a stream in a pond: ‘whatever comes in, is no longer a living stream (*Strom*), but dead water (*Gewässer*), and much does not come in at all.’” Sobre o *direito vivo*, conferir (especialmente focando em suas diferenciações em relação a *Kelsen*): VAN KLINK, Bart. *Facts and Norms. The unfinished debate between Eugen Ehrlich and Hans Kelsen*. (28.8.2006) Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=980957>. Desde logo, fique claro que se Ehrlich dirá que o direito envolve um olhar bifronte, como que explanador e normativo da realidade jurídico-normativa, *Kelsen* acusará tal visão de um sincretismo metodológico ingênuo, dizendo que da constatação de comportamentos repetidos (num olhar explanador) não decorre que qualquer normatividade (de um olhar normativo). *Kelsen* então acusará Ehrlich de operar análise tão só empírica das regularidades dos comportamentos sociais (no plano do *Sein*), não podendo retirar daí qualquer propulsão prescritiva ou avaliativa (no plano do *Sollen*): daí que o seu olhar seja, segundo o autor da teoria pura, de um sociólogo (mais próximo do biólogo do que do jurista), mas não de uma teoria normativa. O dualismo de *Kelsen* ensinará, em suma, que qualquer comportamento social (como fato jurídico) demanda um momento normativo prévio, como que estandardizado em normas jurídicas: daí que para ele *fatos* e *normas* não se confundam, estando cada qual e respectivamente em planos diversos do *Sein und Sollen*. Sobre esse dualismo kelseniano, não se deve deixar de ver o que disse *Carl Schmitt*: “Kelsen seguiu este caminho. Todos os elementos sociológicos são afastados do conceito jurídico; com isso se consegue, com uma nitidez não adulterada, um sistema de imputabilidade sobre normas e sobre uma última norma fundamental única. A antiga comparação entre ser e dever ser, de análise causal e normativa, é transferida com grande ênfase e rigorismo (...) à contradição entre sociologia e jurisprudência. Parece fazer parte da ciência jurídica o fato de que qualquer outra ciência ou a teoria do conhecimento se lhe apliquem tais disjunções.” (...) “Com ajuda desse processo, Kelsen chega ao resultado nada surpreendente de que para a análise jurídica do Estado precisa-se de algo puramente jurídico, algo válido normativamente. Por conseguinte, não qualquer realidade ou algo que seja concebido ao lado ou fora da ordem jurídica, mas nada além do que essa própria ordem jurídica, obviamente, como unidade (não parece haver dificuldades em entender que aqui se encontra o problema).” SCHMITT, Carl. *Teologia Política*. Trad. Elisete Antoniuk, Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 19.

rais de comportamento”, tampouco tampouco em fatos socialmente repetidos, e sequer – portanto – em sistemas abstratos de uma suposta razão humana, mas especificamente num inesgotável *dever decisional* estaria alocada a problemática jurídica. Seja optando-se por uma substituição da razão pela vontade, seja num intento inglório de um controle normativo prévio à prática social, o que prevalecerá incontestemente é a persistência da necessidade (senão mesmo obrigatoriedade) de uma tomada de decisão. Todavia, mais incontornável é perceber que, junto a essa manifestação da *vontade* – e de certa forma numa busca desenfreada por contê-la – encontramos o jurista às voltas com perguntas quanto à melhor ou pior modulação dessas decisões. E dessa inferência nem mesmo *Hans Kelsen*, como veremos mais à frente, pode escapar: não é à toa que leremos em sua teoria pura, a qual, não obstante aponte à função decisional como fator iniludível, assenta em terreno epistemológico quase que exclusivamente estrutural, a ponto de ser chamada por uns tantos estudiosos do direito – a sua teoria do “escalonamento jurídico” – de uma *teoria estruturalista*, como que a deitar, em pleno século dos extremos, sobre pressupostos do centenário anterior. De sorte que não a *exterioridade*, a *objetividade*, a *coercibilidade*, tampouco a possibilidade de *sanção*, a *obrigatoriedade* ou simplesmente a idéia de *prospecção social* aquilo que diferencia e assim autonomiza a normatividade jurídica frente ao grande muralha da normatividade sócia: acontece que, igualmente, não é a noção de *acordo* ou uma suposta lógica do *contrato* isso que estamos a procurar, mas da mesma forma – não nos enganemos – não é também a simples noção de *decisão* o que caracteriza a juridicidade ⁴⁵.

Pense-se, *ad exemplum*, nos sempre mencionados linchamentos e manifestações de violência social, carregados que são até o limite de enlaces morais, como que a nos elucidar que a coerção, mas também a objetividade fenomênica não toca somente a

⁴⁵ Não é tarde para lembrarmos algumas palavras de *Karl Engisch*: “Quando o leigo se representa o jurista e o seu <<ofício>>, pensa-o como um homem que se ocupa das leis. Mas, ao pensar assim, o certo é que apenas está a ver uma das faces da realidade. Até o leigo sabe já que o prático do Direito, que representa sem dúvida o protótipo do jurista, se ocupa da <<vida>>. E o leigo sabe ainda mais: ele sabe que, para *todo e qualquer* indivíduo, o Direito é uma força que tem incidência sobre o viver. (...) Mas o que significa, pois, dizer que a Jurisprudência prática e o Direito se referem à *vida*? (...) o Direito e a Jurisprudência prática referem-se á nossa vida e têm incidência sobre ela na medida em que, dia a dia, hora a hora, momento a momento, determinam os actos e omissões através dos quais nós construímos essa nossa vida. (...) Ora a forma sob a qual o Direito adquire um significado determinante do nosso viver consiste em ele dizer-nos algo sobre o modo como in concreto nos devemos conduzir. Nesta conformidade, o Direito, se há-de lograr significação para a nossa vida, tem de destilar-se em *concretas regras de dever-ser*.” ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Op.Cit., pp. 75/76.

institucionalização jurídica e política ⁴⁶. Se também aí encontramos alguma pulsão de justiça, e também uma propulsão à legitimidade, certo é que se cuida de eventos sem traço de juridicidade, ainda que se lhe intente imprimir uma justificação *a posteriori*: quando *Kelsen* propõe que o que diferencia afinal o direito perante a moral não é senão essa dimensão da “coação” – que ganha dimensão objetiva, importa frisá-lo – parece não ter se atentado à espécie de *internormatividade* que percorre as mais distintas intencionalidades e pulsões sociais. É verdade que a leitura do jurista austríaco é mais complexa e sua visão da ciência do direito como uma *teoria normativa* não se limita a identificar essa característica do campo jurídico, encaminhando-se mesmo, como já o dissemos, à assimilação da *decisão* como instância inevitável do fenômeno direito: ainda assim, não obstante ostente tal inevitabilidade, à qual é dedicado o famoso oitavo e último capítulo de sua teoria pura, o apego institucional à dimensão normativa da análise jurígena condena-o a ser ultrapassado. É necessário, ainda assim, compreendermos a riqueza de suas contribuições – em que pese certamente insuficientes (esse o de um olhar normativo da teoria do direito) e tendo-se de reconhecer ter ele apontado mais a problemas do que a soluções – para a identificação daquela outra inevitabilidade a que estamos chamando atenção, qual seja a de uma permanente *reflexão jurídica*: já aí vislumbramos, com efeito, ao lado da constância do *decisium* – como problema jurígeno infungível – um chamado a que não se abandone a pulsão de teorizar sua realização (a realização do direito), sob pena de se abandonar aquela constância problemática ao sabor de instâncias teóricas alienígenas: daí que ele nos fale do *fato secular da ciência do direito* ⁴⁷.

⁴⁶ É aqui que parece ter errado *Kelsen*. Para além do central, que será ainda analisado, sua tentativa de ver na “sanção” (ou, na coerção) a juridicidade do direito não pode ser admitida como um acerto. “Como ordem coativa, o Direito distingue-se de outras ordens sociais. O momento coação, isto é, a circunstância de que o ato estatuído pela ordem como consequência de uma situação de fato considerada socialmente prejudicial deve ser executado mesmo contra a vontade atingida e – em caso de resistência – mediante o emprego da força física.” E na página seguinte: “O Direito é uma ordem coativa, não o sentido de que ele – ou, mais rigorosamente, a sua representação – produz coação psíquica; mas, no sentido de que estatui atos de coação, designadamente a privação coercitiva da vida, da liberdade, de bens econômicos e outros, como consequência dos pressupostos por ele estabelecidos. pressuposto deste gênero é em primeira linha – mas não exclusivamente, como já observamos e mais tarde melhor veremos –, uma determinada conduta humana que, pelo fato de ser tornada pressuposto de um ato coercitivo que é dirigido contra a pessoa que assim se conduz (ou contra os seus familiares), se transforma em conduta proibida, contrária ao Direito e que, por isso, deve ser impedida, devendo a conduta oposta – socialmente útil, desejada, conforma ao Direito – ser fomentada.” KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 37 e 38.

⁴⁷ Embora conclua no sentido de uma teoria normativa, e, mais ainda, nos sendo caro a referência final à identificação do objeto jurídico, não nos é possível discordar da seguinte passagem: “A possibili-

Não se perca de vista, nessa toada, que o grande intento kelseniano não se expressara tanto numa diferenciação da juridicidade frente à fenomenologia da política, senão que seu olhos esquadrihavam, isso sim, algumas pretensas diferenças entre *Direito e Moral*⁴⁸: de outra banda, os seus dois princípios de “cientificidade”⁴⁹ – o da *causalidade* e o da *imputabilidade* –, se de fato têm condão de conceder “liberdade normativa” ao devir jurídico, mormente porque assente num ato de vontade subjetivo que passa a ganhar vazão objetiva na adesão ao constructo escalonado de um *Stufenbau*, não deixa menos acriticamente de acorrentá-lo nessa mesma figuração⁵⁰. Os mé-

dade e a necessidade de uma tal disciplina, endereçada ao Direito como teor normativo, são demonstradas pelo fato secular da ciência do Direito que, como jurisprudência dogmática, e enquanto houver Direito, servirá as necessidades intelectuais dos que deste se ocupam. Não há qualquer razão para deixar insatisfeitas estas necessidades inteiramente legítimas e para renunciar a tal ciência do Direito. substituí-la pela sociologia do Direito é impossível, pois esta ocupa-se de um problema inteiramente diferente daquele. Assim como, enquanto houver religião, terá de haver uma teologia dogmática que não pode ser substituída por qualquer psicologia ou sociologia da religião, também haverá sempre – enquanto houver um Direito – uma teoria jurídica normativa. A sua posição no sistema global das ciências é uma outra questão, uma questão subalterna. O que importa não é fazer desaparecer esta ciência juntamente com a categoria do dever-ser ou da norma, mas limitá-la ao seu objeto e clarificar criticamente o método.” Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. Ibidem., p. 117.

⁴⁸ É o que se percebe da leitura da sua teoria pura do direito, mas também bastante presente em suas demais escritas, bastando mesmo um passar de olhos em seu sumário (no sumário da *teoria pura do direito*) para que isso se esclare. Ali não se lê – exceto no ponto destinado aos “direitos políticos” – uma vez sequer a palavra *Política*, ao passo que grita aos olhos, já no segundo capítulo, o título *A separação do direito e da moral*, a significar, pontualmente, e nos termos do próprio autor: “A exigência de uma separação entre Direito e Moral, direito e Justiça, significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente desta moral absoluta, única válida, da Moral por excelência, de a Moral.” Até porque “se supusermos que o Direito é, por sua essência, moral (tem caráter moral), então não faz qualquer sentido a exigência – feita sob o pressuposto da existência de um valor moral absoluto – de que o Direito deve ser moral.” Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. Op.Cit., p. 75.

⁴⁹ “A teoria do Estado e do Direito jamais serviu, até agora, apenas à idéia de uma ciência objetiva, mas também à política, que não deve ser necessariamente política-partidária, apesar desta também ocupar aqui bastante espaço. É suficiente que seja política, porquanto é a tentativa de afirmar o Estado como tal, falseando os resultados de um conhecimento cujo conteúdo interessa apenas na medida e que beneficie o Estado, qual quer Estado, o que quer dizer: servindo para fortalecer a sua autoridade.” Páginas à frente, como que a confirmar o que está dizendo aqui: “A teoria do Estado da Escola de Viena sustenta que a unidade do Estado só pode ser fundada na esfera normativa, que é simplesmente a unidade de um ordenamento do dever-se-, que a existência e a realidade do Estado consistem na validade de um ordenamento jurídico que se afirma como esquema de interpretação para uma variedade de atos humanos, os quais encontram a sua unidade apenas na unidade sistemática de normas que lhes confere o sentido específico de atos estatais.” Kelsen, Hans. *O Estado como integração. Um confronto de princípios*. Trad. Plínio Fernandes Toledo. São Paulo: Martins Fontes: 2003, pp. 41 e 45.

⁵⁰ Como ensina seu crítico visceral, *Carl Schmitt*: “Logo, o Estado não é autor nem fonte da ordem jurídica; todas essas concepções são, segundo Kelsen, personificações, hipóstases e duplicações da ordem jurídica única e idêntica em diversos objetos. O Estado, ou seja, a ordem jurídica é um sistema de imputabilidades a um último ponto de imputabilidade e a uma última norma fundamental. A ordem superior e a inferior válida no Estado repousam no fato de que, do ponto médio unitário até o último patamar, emanam legitimações e competências. A máxima competência não é conferida a uma pessoa ou a um complexo de poder sócio-psicológico, porém somente à própria ordem soberana na unidade do sistema normativo. Para a análise jurídica não há pessoas reais nem fictícias, mas apenas pontos de imputabilidade. O Estado é o ponto final da imputabilidade, o ponto em que as imputabilidades, que são a essência da análise jurídica, “podem prevalecer. Este “ponto” também é uma “ordem que não é derivada

ritos de uma teorética dessa envergadura são inauditos, sem dúvida, de sorte que percorrem a história concreta do direito e nos atinge ainda hoje de modo um tanto subterrâneo, todavia não fogem a sérias falhas teóricas. Se de um lado não nos é difícil admitir que a coercibilidade é característica que se encontra impregnada não só no direito, mas também nos demais fenômenos de normatividade social – e aqui nos basta referir a *Moral* –, mais correto é lembrar que a tomada de *decisão* – já em *Kelsen* – não tem outro estatuto analítico senão o de uma *dimensão política*. Fato é que retirar o fenômeno jurídico – estando aí abrangidos tanto o próprio direito-*objeto* quanto o pensamento que o pensa (o pensamento jurídico) – da esteira causal da “ciência da natureza”, a fim de alocá-lo qual um “sistema ideal” numa estrutura espiritual cuja “realidade cognoscível” disporia seu sentido à ciência (“ciência do espírito”) por meio da legalidade estatal não resolve os problemas da realização do direito. Embora a restrição objetiva da manifestação social do sentido do direito seja mesmo premente, sobretudo quando lembramos a época em que fora escrita a teoria pura, também aí – quiçá a suma do pensamento jurídico preocupado com autonomia do direito – o enredo prevalente é o da política⁵¹.

Diferenciar o direito em sua normatividade própria, como que a conferir-lhe um espaço reflexivo para uma autonomia crítica (ou, uma crítica autônoma), isto é, em que a juridicidade possa se manifestar frente a sociabilidade e demais intencionalidades normativas que aí se estabelecem – e dentre elas por certo que estão a moral e a política – não está a apontar a uma espécie de “utopia teorética”. Tampouco se trata de operar com isso um isolamento completo do direito, o que somente analiticamente faria sentido, ou então numa sua visitação *ontológica*, mas já não naquele plano que é o

adiante”. Um sistema contínuo de ordens, partindo de uma última norma original suprema para uma inferior, ou seja, delegada, pode ser pensado dessa forma. O argumento decisivo, sempre, novamente, repetido e apresentado, exaustivamente, contra todo opositor científico, permanece o mesmo: o motivo para a validade de uma norma somente pode ser, por sua vez, uma norma. O Estado, portanto, para a análise jurídica, é idêntico à sua Constituição, ou seja, a norma fundamental uniforme/homogênea.” SCHMITT, Carl. *Teologia Política*. Op.Cit., p. 20.

⁵¹ “De fato, isto é a antiga negação liberal do Estado frente ao direito e a desconsideração do problema autônomo da realização do Direito.” E mais à frente, lembrando acerca da tese de *Otto von Gierke* segundo a qual Direito e Estado têm ambos poderes inatos, continua *Carl Schmitt*: “(...) à questão fundamental de sua relação recíproca ele responde no sentido de que ambos são dois fatores autônomos da vida humana em comunidade (...). “Há a tendência de Direito e poder se encontrarem e, assim, ser resolvida a insuportável “situação de tensão”. Entretanto, a igualdade inata do Estado é obscurecida no sentido de que, segundo Gierke, a legislação estatal é somente “o último selo formal imposto pelo Estado ao Direito, uma “cunhagem estatal” que tem somente um “valor formal externo”, apenas isso, portanto, o que Krabbe chama de uma mera constatação do valor jurídico, mas que não pertence à essência do Direito.” SCHMITT, Carl. *Teologia Política*. Op.Cit., p. 24.

que nos interessa mais de perto, qual seja o de sua *pragmática ocorrência*. Como acertadamente ensinou *Kelsen*, enfronhá-lo no espaço global das ciências e inferir afinal qual o seu estatuto de cientificidade ante as diferentes ciências num âmbito geral de epistemologia não é o que de mais importante se tem a fazer, antes se perpetrando premente compreender como se dá sua realização concreta, seu trabalho de cultivo normativo e seu vínculo social: e, para tanto, apreender em que instância se dá sua diferenciação faz-se de fato forçoso. Daí que não possamos concordar com a redução operada por meio de uma “teoria normativa”, a qual, em última instância, não se preocupa com a colonização do enredo da política, e, quando se refere à moral, analisa-a – da mesmíssima forma como faz com o *Direito* – tal qual um *objeto* ⁵².

Diferente do que se possa pensar, portanto, a “decisão judicativa” que se empenha em realizar o direito em concreto – isto é, que opere o direito em sua realização – não se confunde com a noção de uma “tomada de decisão” como expressão de uma mera *voluntas* política: poderíamos dizer que ao lado de uma especificidade funcional (o *decisium*) não deve o jurista abandonar o esforço de pensar também sua *autonomia*, como já vimos dizendo, do contrário aquela primeira dimensão como que perderia o seu sentido jurígeno ⁵³. Não deixa de estar em questão aqui a problemática da diferenciação *ética* do jurídico perante o finalismo da política, se percebemos que nesse *con-*

⁵² E mais uma vez com *Carl Schmitt*, passagem esta que, embora um tanto extensa, parece-nos esclarecer ponto aqui no todo central, sobretudo para o que ainda será dito de forma mais atenta: “A ciência normativa à qual Kelsen quer elevar a jurisprudência em toda sua pureza, não pode ser normativa no sentido de que o jurista a valore por ato livre; ele somente pode referir-se aos valores a ele dados (positivamente). Com isso, parece ser possível uma objetividade, mas nenhum contexto necessário com uma positividade. Os valores aos quais o jurista se refere lhe são dados, porém ele se comporta em relação a eles com superioridade relativista, pois de tudo ele pode construir uma unidade pela qual se interessa juridicamente e em que ele permanece “puro”. No entanto, unidade e pureza são ganhas facilmente quando se ignora, com grande ênfase, a real dificuldade e se exclui como impuro, por motivos formais, tudo o que se opõe à sistemática. Quem com nada se envolve e permanece de forma metodológica sem nada demonstrar, decididamente e com base em um exemplo concreto, no que a sua jurisprudência se distingue do que até então se realizou como jurisprudência, tem facilidade em criticar. As evocações metodológicas, aprofundamentos de conceito e a aguçada crítica são valiosas somente como preparação. Se, com a argumentação de que a jurisprudência seria algo formal, elas não chegam ao ponto, permanecem, apesar de toda a objeção, na antecâmara da jurisprudência.” SCHMITT, Carl. *Teologia Política*. Ibidem..., p. 21.

⁵³ Daí que *Castanheira Neves* insista tanto na noção de autonomia, que por certo vai ao lado da pesquisa em torno da especificidade jurídica, mas com ela não se confunde, de modo que sem a garantia dessa autonomia a própria especificidade perde o seu “porquê”. Como diz: “(...) ao falar de <<autonomia>> (autonomia do direito) pretendo naturalmente referir-me a uma sua autossubsistência de sentido e não menos à sua auto-afirmada especificidade já intencional nos fundamentos, já teleológica nos critérios, já de material determinação nos conteúdos – sem excluir decerto a possível, a necessária integração no global universo prático-humano: se o direito for aí autónomo, no seu sentido e na sua manifestação, nem por isso deixará de ser obviamente elemento desse universo.” CASTAHEIRA NEVES, A. *O direito hoje e com que sentido*. Op. Cit., p. 48.

tinuum do universo prático a *voluntas* se nos apresenta qual uma intenção programática cuja ação se dá especificamente por meio de uma decisão ⁵⁴. De tal modo que aí tem maior relevância o resultado como produto do que propriamente o caminho percorrido: quando o direito entra em cena, toda essa sorte de decisões já se instaurou, sendo-lhe antes forçosa uma sua crítica, como que a valorar sua validade nos moldes de um *juízo crítico*. Decerto que o resultado aí será questionado, bem como as supostas positividades que se imporão cogentes, mas o que de fato importará considerar é o “meio” pelo qual se desemboca naquele, como que a colocar em xeque o “processo de sua realização”. Não se trata com isso de sugerirmos aqui que o direito não deposita sua ocorrência numa tomada de decisão – como já deve estar claro –, mas de assumir que essa mesma decisão é posta não por si só (como numa “decisão existencial”), embora preenhe de vazões normativas, todavia tampouco por uma simples “regra geral de competência”, o que a remeteria – sempre novamente – àquela “estruturação da política”: não é à toa que, nesse caso, os conceitos de “competência” e “legitimidade” dariam conta da fenomenologia do juízo jurídico, ao passo que, no mesmo ritmo, perderia um tanto de sentido prático a noção de *validade*. O que importa deixar assentado é que não é suficiente identificar a decisão como instância infungível, ao lado da qual a humanidade do direito estaria garantida no seu partícipe decididor, e todo o mais uma mera contingente impressão da historicidade.

O paradoxo que então se nos afigura diz respeito, designadamente, a essa espécie de “estruturalismo político” que se instaura internamente à sistemática do olhar normativo acerca da normatividade jurídica, o que se dá ao mesmo tempo em que se encaminha a uma fronteira decisional infungível, como se a problemática política mantivesse-se aí presente de modo subterrâneo – senão tivesse sido aí astutamente encampada. Não que se trate – com a teoria pura e o *normativismo jurídico* – de uma disputa político-filosófica em torno de alguma paixão específica a comandar uma tal normatividade, uma vez que seu formalismo opta antes por “não optar”, não obstante deixe o direito seguir os trilhos cegos que se lhe imputa nos moldes desse plano do irascível. É

⁵⁴ Confirmando a presença subterrânea à qual estamos chamando atenção, disse *Mario Losano*: “A democracia liberal se funda propriamente sobre o relativismo dos valores: a minoria pode tornar-se maioria, e vice-versa, apenas se ambas estão de acordo sobre o fato de que os valores que inspiram uma ou outra não sejam absolutos, mas relativos. exatamente a menção ao relativismo faz de Kelsen um rigoroso defensor da democracia parlamentar.” LOSANO, Mario. *Sistema e Estrutura no Direito. O século XX*. Trad. Luca Lambertini. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 26.

mais isso o que de fato nos importa ora frisar: a ausência de discussão sobre o *poder* que se exerce na sociedade em que vive o jurista do Estado-de-Direito, de modo que o conservadorismo aí presente não se refere tanto às opções propriamente conteudísticas quanto a esse silêncio astuto que as envolve ⁵⁵. Ao que se evidencia, com efeito, não se foge à assim chamada “cabeça da górgona do poder” com esse simulacro acéfalo do formalismo – nos termos de *Mario Losano* –, não sendo no todo sem sentido questionar até que ponto em cada nova decisão, assim pensada como momento *lógico-jurídico* – agora diretamente nos termos de da teoria pura –, encontra-se a eficácia constitutiva do suposto valor próprio da forma jurídica ⁵⁶: é por sobre essa problemática – a colocar às claras essa que é a realidade específica da vida e da experiência jurídica – que pretendemos lançar alguma luz com as linhas que se seguem.

a) O exemplo do normativismo de Hans Kelsen: o “cognitivismo” e a teoria pura do direito.

Não é segredo algum e portanto não deve espantar a ninguém lembrarmos aqui que a *teoria pura do direito* representa ainda hoje a “teoria jurídica” mais amplamente comentada do século XX, tendo o seu autor assinado, com efeito, a mais bem-sucedida amarra daquilo que se pode tratar pela alcunha de um “sistema interno” do

⁵⁵ Como disse o jurista italiano e portentoso conhecedor da obra kelseniana: “Esse silêncio sobre o vértice do sistema interno do direito põe em crise os fundamentos da teoria pura do direito. resta, porém, perguntar se o fato de encontrar contradições internas à teoria pura do direito torna esta última totalmente destituída de valor científico. em relação ao discurso sobre o sistema, isso equivale a perguntar se, colocado em crise o ponto central de um sistema jurídico interno, ele perde toda a validade científica e deve, portanto, ser rejeitado completamente. Talvez o problema se ponha em termos mais complexos (...).” LOSANO, Mario. *Sistema e Estrutura no Direito*. Ibidem., p. 125.

⁵⁶ Vale atentarmos, uma última vez, à leitura que se tem no molde de *Carl Schmitt*: “A forma que ele procura se encontra na decisão concreta que parte de uma determinada instância. No significado autônomo da decisão, o sujeito da decisão tem uma importância autônoma ao lado de seu conteúdo. Para a realidade da vida jurídica, depende de quem decide. Ao lado da questão da exatidão substancial, coloca-se a questão da competência. Na contradição de sujeito e conteúdo da decisão, e no significado próprio do sujeito se encontra o problema da forma jurídica. Ela não tem o vazio apriorístico da forma transcendental, pois ela surge, justamente, do aspecto juridicamente concreto. Ela também não é forma da precisão concreta, pois esta tem um interesse finalista/teleológico impessoal, essencialmente pragmático. Enfim, ela também não é a forma da configuração estética, que não conhece decisão.” SCHMITT, Carl. *Teologia Política*. Op.Cit., pp. 32/33. Sem dúvida está aqui o problema do direito, por certo que a ser pensado por uma miríade de pensamentos, de modo que sua solução não se nos dispõe tanto no perguntarmos “o que é o direito?”, senão no “quê sentido dele toma conta?”, uma vez que, em direito, para além da continuidade de descontinuidades, bem como da contingência inevitável que o solapa, o que há – como que desde sempre, de modo imemorial – é o *pensamento jurídico* e a necessidade da *decisão jurídica*.

fenômeno jurídico: embora a astúcia de sua criticidade teórica por certo não se limite a uma tal baliza, *Hans Kelsen* é tido como um dos maiores representantes do dito *positivismo jurídico*, nessa seara distinguindo-se, porém, do “positivismo sociológico” de *Auguste Comte* e do “positivismo lógico” do famoso Círculo de Viena. Se é certo que esses três positivismos adotam em comum a recusa veemente de tudo aquilo que não é verificável por meio da experimentação ou demonstrável segundo a lógica ou a matemática – de modo que são todos eles exemplos claros do movimento antimetafísico então prevalente e que assere uma crença na razão renunciada com o desenvolvimento científico dos anos que entremeam os séculos XIX e X –, paralelamente a esse “movimento positivista” firmava-se – e de forma igualmente forte – um especial reflorescer da assim chamada *escola neokantiana*. O normativismo jurídico que nesse contexto será desenhado nas densas páginas da teoria pura deita suas raízes, como é sabido, tanto no viés positivista de análise do campo jurídico quanto nos ensinamentos do neokantismo: e é com esses esteios e respectivos instrumentos que será levada a termo a construção de um *sistema interno* de direito que decerto constituiu o mais rigoroso sistema jurídico já formulado em “linguagem natural” – para nos expressarmos mais uma vez como *Mario Losano*. Como que a assumir como um seu ponto de partida, ainda que subterraneamente, dois olhares sobre a noção de sistema – um “interno” e outro “externo” –, distingue-se aí de modo categórico a “ciência do direito” e o próprio Direito, este o *objeto* daquela: tem-se com isso em diferentes frentes uma sistemática externa e descritiva e, de outro, o “sistema interno do direito” como “dever-ser” (*Sollen*), um específico nexos unificador das normas estruturantes do ordenamento jurídico⁵⁷.

Frente ao *dado jurídico*, o jurista que se empenha na apreensão do direito e que consigo carrega a convicção de que há aí, na interioridade da objetividade a que se reduz a positividade jurídica, um sistema ou simplesmente uma sistematicidade autô-

⁵⁷ É o que nos ensina perceber *Mario Losano*, em seu belíssimo estudo acerca da noção de sistema – em suas duas frentes normativas, interna e externa – no âmbito dos estudos jurídicos. A esclarecer, já de início, a nomenclatura proposta, lê-se: “Foi dito que a estrutura é o conjunto das relações que conectam vários elementos em unidade sistemática. O sistema externo tem como objeto a ordenada exposição de determinada matéria; portanto, a teoria geral do sistema externo ocupa-se dos nexos lógicos que ligam as proposições de que consta a exposição. O sistema interno, ao contrário, tem como objeto a própria matéria, não sua exposição; portanto, a teoria do sistema interno se ocupa dos nexos específicos entre as partes constituintes de determinada matéria. Em nosso caso, ocupa-se do nexos específico que conecta as normas jurídicas entre si. Mas que tipo de nexos seria esse? Para responder a essa pergunta, é necessário identificar um elemento que seja exclusivamente próprio do direito e que, ao mesmo tempo, permeie todo o ordenamento jurídico, unindo cada uma de suas partes; isto é, um elemento que seja exclusivo daquele conjunto, mas geral para aquele conjunto; um elemento que *apenas* o direito, mas *tudo* o direito.” LOSANO, Mario. *Sistema e estrutura no direito*. Op.Cit., p. 10.

noma – em suma, uma *estrutura* que lhe dá uma carcaça coesa – não labora tanto como o faz um pedreiro que em seu trabalho diário opera alguma combinação, nos moldes de plano abstrato precedente, dos tijolos que diante de si se amontoam. Ele se assemelha mais a um arqueólogo que diante de obscuros e confusos fragmentos, desenterrados de sua “terra natal” ainda um tanto nebulosa, assume a responsabilidade de uma *reconstrução* do arco ou da fachada que em verdade lhe preexiste e não se tem ainda desenhado: deveras, esses fragmentos – por exemplo, o fragmento de um edifício – não ostentam por si só um valor autônomo e por vezes qualquer relevância neles se percebe, haja visto ganharem sentido somente quando inseridos naquela “realidade preexistente”, cuja dinâmica autônoma ao arqueólogo cabe tão só “repensar”. Se ao pedreiro é dada, nessa esteira, criar uma realidade ainda não concretizada, podendo inclusive improvisar ante aos obstáculos que o terreno lhe oponha, ao arqueólogo pouco se garante essa consecução, restando a ele abrir bem os olhos e re-dizer algo que já se disse. De forma semelhante, quando tratamos de um “sistema interno” densificado normativamente, suas respectivas normas – como que previamente fragmentadas – atingem dignidade própria e, por conseguinte, significado normativo quando percebidas (e, *se* percebidas) como *convidados Vips* de uma certa estrutura: a sistematicidade desse “dado jurídico” conquista-se, dessa forma, na relação interna entre uma norma e outra, não obstante tal relação não seja caracterizada senão que sob um prisma puramente formal. Daí que se diga, todavia, que aos juristas formados numa *Escola formalista*, ou que vislumbram a juridicidade por meio uma tal sistemática cujo nexos normativo se faz idealmente-interno, disponham frequentemente de concepção filosófica de estilo *idealístico*. Nesses moldes, a realidade jurídica se vê empenhada, percebe-se, por uma premissa formal implacável: para eles, é partícipe do sistema jurídico (o *Direito-objeto*) *tudo* aquilo que, mas *apenas* aquilo que se reduz a uma disciplina judicativa por meio de *um único princípio*.

Não está em questão no campo de suas investigações o explicar os *motivos* pelos quais o direito “deve ser” compreendido e apreendido *em si* mesmo como sistemático, ou sequer tal qual um mero objeto pré-datado, supondo-se – acertadamente, quiçá – que qualquer simples alusão a alguma espécie de entidade metafísica é no mais insuficiente à resolução do “problema do direito”. É, antes, ao *modo* pelo qual ganha dinamicidade concreta a sistematicidade do direito para o que se voltam os seus olha-

res desse jurista formalista: todas as problemáticas jurídicas que então se colocam a ser resolvidas – pensemos no caso da noção da posse no sistema dos direitos reais – ganham nova feição, formalizadas objetivamente, fazendo-se todas elas dependentes dessa “dimensão fictícia” que a sistematicidade do direito positivo nos impõe. Ocorre sobretudo a esta altura termos de chamar atenção para o fato de que, em verdade, na prática da construção da “teoria do direito” – inevitável ante a necessidade de decisão – toda essa positividade se percebe tão-pouco sistemática que, no intento mesmo de se individualizar uma sua estrutura como ponto de partida objetivo – os adeptos e defensores do sistema jurídico interno não deixam de sentir a necessidade de lançar mão, quando questionados acerca dos elementos constitutivos mais abstratos desse direito-objeto, de momentos cujo ponto de partida se coloca numa sistemática externa, isto é, no âmbito, em última análise, do próprio *pensamento jurídico* ⁵⁸.

A carência ou presença de alguma *ordem objetiva* – um sistema ou uma estrutura ⁵⁹ – no interior das “coisas mesmas” (do objeto científico), isto é, se há ou não a elas ínsita alguma dimensão estruturante (e, portanto, *normativa*) é sem dúvida discussão eterna das ciências, da mesma forma como o é o debate acerca da necessidade de se conhecer o mundo e de organizar o produto do conhecimento humano. Como deve

⁵⁸ Essa contradição interna, à qual daremos maior atenção muito em breve, aí implícita vai explícita – sobretudo com a alusão a *Kant* – na seguinte passagem de *Hans Kelsen*: “Também é verdade que, no sentido da teoria do conhecimento de Kant, a ciência jurídica como conhecimento do Direito, assim como todo o conhecimento, tem caráter constitutivo e, por conseguinte, “produz” o seu objeto na medida em que o apreende como um todo com sentido. Assim como o caos das sensações só através do conhecimento ordenador da ciência se transforma em cosmo, isto é, em natureza como um sistema unitário, assim também a pluralidade das normas jurídicas gerais e individuais postas pelos órgãos jurídicos, isto é, o material dado à ciência do Direito, só através do conhecimento da ciência jurídica se transforma num sistema unitário isento de contradições, ou seja, numa ordem jurídica. Esta “produção”, porém, tem um puro caráter teórico ou gnoseológico. Ela é algo completamente diferente da produção de objetos pelo trabalho humano ou da produção do Direito pela autoridade jurídica.” KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Op.Cit., p. 82.

⁵⁹ É importante lembrarmos a seguinte passagem de *Umberto Eco*, em seu *A estrutura ausente* – livro em que, perguntando-se acerca da existência ou não de “estrutura” no “plano do objeto”, responde ele negativamente: “Nesse caso a noção de modelo estrutural deve ser vista em clima de metodologia operacional e não implica nenhuma afirmação de tipo ontológico.” (...) “Em outras palavras: para um uso correto dos modelos estruturais, não é necessário crer que sua escolha seja determinada pelo objeto, basta saber que é decidida pelo método. O método *cientificamente legítimo* resume-se no método *empiricamente adequado*.” (...) “Por outro lado, a tentativa de individuar estruturas homólogas em fatos diferentes (...) e de reconhecê-las como estáveis, “objetivas”, é mais que uma tentação: é quase o incontrolável deslizar do discurso do “como se” ao “se” e do “se” ao “logo”. Em certo sentido, parece quase impossível exigir do pesquisador que se lance à caça de estruturas recorrentes obrigando-o a jamais acreditar, nem mesmo por um momento, na ficção operacional que escolheu. No melhor dos casos, embora partindo armado de todo o empirismo possível, chega ele convicto de ter posto a descoberto uma qualquer das várias estruturas recorrentes da mente humana.” ECO, Umberto. *A estrutura ausente. Introdução à pesquisa semiológica*. Trad. Pérola de Carvalho. São Paulo: Perspectiva, 2007, pp. 284/286.

ser operada a interpretação do homem frente aos eventos e às experiências que leva a cabo em seu encontro com o *mundo* é, parece, problemática que não tem fim, de modo que engata uma infinidade de diferentes respostas. Se, de um lado, assere-se – como acaba por fazê-lo de modo exemplar *Hans Kelsen* – que essa estrutura é de fato objetiva, quer dizer, encontra-se incrustada já desde sempre no objeto de análise, então nesse caso o jurista admite que o seu trabalho deve ser levado a cabo tal qual um anatomista, cabendo-lhe inferir a ossatura que se esconde por traz da carne que está diante de seus olhos: como se coubesse ao pensamento jurídico perquirir no próprio direito-objeto aquilo que lhe é intrínseco, o dizer da estrutura no dito do direito. Mas se, de outro lado, admite-se que a realidade se nos apresenta tal qual um produto disforme, ou desordenado, de modo a demandar daquele que a ela dirige seu olhar a invenção daquela estrutura que a descreva, nesse caso a ordem é mais do que um dado *ontológico*, antes *epistemológico*. O que perceberemos na leitura do direito nos moldes da teoria pura é que os enlaces da teoria do conhecimento adotada não deixam de impregnar e assim prejudicar a ontologia do objeto que se pretende amplamente jurídico: daí, ademais, o seu caráter no todo *hipotético*, como que a nos lembrar que a linguística estrutural tão só hipotetiza a existência de uma estrutura nos fenômenos linguísticos, como hipótese de seu labor, mas não uma realidade ⁶⁰.

É verdade que a filosofia neokantiana se desenha na fenomenologia do pensamento ocidental (e moderno) como espécie de reação ao pensamento positivista – firmando-se aquele como um *pensamento novo* e o último como *velho* –, acontece que com a teoria pura do direito *Kelsen* apresenta uma teoria jurídica “positivista e neokantiana ao mesmo tempo”, de modo a fortalecer o pensamento velho com invólucros novos, sem que se possa ver nisso alguma contradição *externa*: como veremos logo mais, as contradições que aí se nos surgirão se darão internamente, como que na própria

⁶⁰ Noutra seara, mas de modo bastante próximo, disse *Gilles Deleuze*: “(...) não vamos dos sons às imagens e das imagens ao sentido: instalamo-nos logo “de saída” em pleno sentido. O sentido é como a esfera em que estou instalado para operar as designações possíveis e mesmo para pensar suas condições. O sentido está sempre pressuposto desde que o eu começa a falar; eu não poderia começar sem esta pressuposição. Por outras palavras: nunca digo o sentido daquilo que digo.” DELEUZE, Gilles. *Lógica do sentido*. Trad. Luiz Roberto Salinas. São Paulo: Perspectiva, 2009, p. 31. É importante pontuarmos que, mais tarde, com a *Teoria Geral das Normas*, *Kelsen* tentará restaurar esse caráter hipotético, modificando sua nomenclatura, para passar a usar a expressão “ficção”, o que, todavia, não fará diferença alguma – como logo abaixo veremos.

construção interna do próprio objeto – o direito-*objeto* – da ciência do direito ⁶¹. Uma vez que se concebe que todo o material jurídico de uma dada sociedade, num determinado momento histórico (numa época delimitada, portanto) encontra algum meio de contato em sua positividade e assim se organiza num *sistema unitário* em que se dispõe um processo que deduz sua *validade*, Kelsen assere de pronto haver uma referida ordem, uma ossatura interna a esse substrato. Embora assente na disjunção entre direito positivo e ciência do direito, o constructo kelseniano não se mostra suficiente – é incapaz de fazê-lo – no sentido de identificar de forma nítida a linha, por mais tênue que fosse, que separa a sistematicidade ínsita ao primeiro e a sistema laborado pela segunda: com efeito, após identificar o objeto jurídico (a *norma*) como projeto de vontade subjetiva que ganha objetividade na dimensão escalonada do *Sollen*, é forçoso que a teoria pura demonstre a disjunção anunciada, sem o que não se garante a cientificidade (a criticidade) pretendida por seu autor ⁶². É aí que entra em cena a mais que controversa *Grundnorm*, como que numa tentativa inglória de enfronhar com uma “ficção” –

⁶¹ “No mundo do pensamento, as inovações raramente cancelam o antigo, mas muitas vezes, a ele se superpõem, de forma que a reação a um movimento de pensamento assinala o retorno à idéias contra as quais o próprio movimento reagira. Assim ocorreu na reação ao pensamento positivista entre o final do século XIX e o início do século XX.” LOSANO, Mario. *Sistema e estrutura*. Op.Cit., p. 35. Na página seguinte desse mesmo livro, lê-se o seguinte dado histórico, no todo rico, até porque esclarece o que está em questão com essa relação *positivismo-neokantismo*: “Em especial, na Alemanha a reação ao empirismo positivista se manifestou com o retorno às estruturas racionais *a priori* próprias do pensamento kantiano. Esse renascimento kantiano tomou forma nas duas escolas do neokantismo, a de Heidelberg (dita também bandense ou sul-ocidental) e a de Marburgo. O neokantismo exerceu uma forte influência na filosofia do direito, também porque ele foi a filosofia dominante nas universidades alemãs entre a metade do século XIX e o início do século XX. em seguida, o neokantismo foi eliminado pelo existencialismo e pela fenomenologia e, enfim, com os anos 1930, pela proibição de citar autores judeus e pela destruição também física dos livros escritos pelos neokantianos judeus. Não obstante sua retomada a partir dos anos 1980, o neokantismo apresenta hoje um interesse predominantemente histórico.”

⁶² Parece salutar esclarecer que, não obstante seja Kelsen o mais visível autor de tal diferenciação, esta não parece ser uma empreita exclusivamente do jurista austríaco. Trata-se, na verdade, de tendência já assistida em diversos juristas do século XIX, dentre os quais podem ser citados MOURLON e TOULLIER, ambos teóricos do direito civil francês oitocentista. Isso nos faz ter de lembrar que – como se esclarece com a percepção de que Kelsen não é tão só um simples positivista, tampouco somente neokantiano – embora a teoria pura seja produto do século XX é ela embebida até as últimas consequências na filosofia que lhe chega do século anterior. Nesse sentido, salienta Jean-Pascal Chazal: “(...) il est intéressant de souligner le changement substantiel qui affecte la définition du droit et de la jurisprudence. Alors qu’il était l’art du bon et de l’équitable (*jus est ars boni et aequi* enseignait Celse), le droit deviant, à partir du XIX siècle, un ensemble de règles contraignantes, non sans passer par les affres d’une abondante polysémie. Dans le même temps, la jurisprudence n’est plus la science du juste et de l’injuste, mais <<la science des lois>>.” CHAZAL, Jean-Pascal. *Philosophie du droit et théorie du droit ou l’illusion scientifique*. In. Archives de philosophie du droit, Tome 45, p. 318.

um produto teórico – uma realidade que, em tese, estaria já posta objetivamente em sua positividade histórica⁶³.

Resolver a problemática jurídica nos moldes de uma asserção objetivista, isto é, que identifica o direito como objeto a ser perquirido cientificamente não deixa de solucionar apenas em parte aquilo a que se propõe, na medida em que – tal é o caso do normativismo cuja arquitrave é sem dúvida a teoria pura – daí deriva um sistema, por certo rigoroso, da estrutura unitária do direito positivo, mas já não a sua origem, tampouco a função dessa muito particular *unitariedade*. Ao convocar a *Grundnorm* à composição estrutural da juridicidade, não como “norma posta” e, portanto, não como norma referível *a posteriori* (descritivamente) pelo cientista jurídico, mas especificamente como “instância imaginada” por todo aquele que se volta ao ordenamento do direito, insere-se o veio a partir do qual serão moduladas as demais normas: perceba-se, porém, que ela mesma (a *Grundnorm*) não se confunde e não se encaixa no “conceito de norma”, ou de direito-objeto que se concebe seja aquele que cabe à ciência jurídica laborar⁶⁴. Trata-se, sem dúvida, da viga mestra da construção escalonada em que desemboca a teoria pura, viga sem a qual caem por terra suas astronômicas pretensões: isso porque toda a “validade jurídica” daí decorre, unitariamente, de modo que se é certo que somente se obedece ao direito porque é ele um “direito válido”, certo é, igualmente, que somente se é um direito válido porque inserto na dinâmica que tem iní-

⁶³ “Do ponto de vista da teoria do sistema jurídico, isso significa que um elemento do sistema externo torna-se o fundamento do sistema interno: em si, um evento sem ulteriores consequências. Já do ponto de vista da teoria pura do direito, as consequências são graves, porque um elemento da ciência jurídica é posto como fundamento da validade do ordenamento positivo. Mas a ciência descreve, ao passo que o ordenamento prescreve; a ciência faz parte do mundo do ser, ao passo que o ordenamento faz parte do mundo do dever ser; e para Kelsen, seguidor do pensamento neokantiano, entre esses dois mundos não deve existir nenhum ponto de contato (...). Se isso se verificar, estará ameaçada a coerência interna da teoria inteira.” LOSANO, Mario. *Sistema e estrutura*. Op.Cit., p. 47. E, num sentido semelhante: CHAZAL, Jean-Pascal. *Philosophie du droit et théorie du droit ou l’illusion scientifique*. Ibidem, idem: “(...) une étude du droit qui se veut réliste ne peut faire abstraction de la dimension active du savoir juridique. Celui-ci n’est pas destiné à la pure spéculation, il est tourné vers l’action.”

⁶⁴ Não podemos deixar de referenciar a seguinte passagem da *Teoria Geral das Normas*, de Kelsen, quando lança mão da filosofia do “Como-Se” (*Als-Ob*), de autoria de Hans Vaihinger: “A norma fundamental de uma ordem jurídica ou moral positivas – como evidente do que precedeu – não é positiva, mas meramente pensada, e isto significa uma norma fictícia, não o sentido de um real ato de vontade, mas sim de um ato meramente pensado. Como tal, ela é uma pura ou “verdadeira” ficção no sentido da vaihingeriana Filosofia do Como-Se, que é caracterizada pelo fato de que ela não somente contradiz a realidade, como também é contraditória em si mesma. Pois a suposição de uma norma fundamental – (...) – não contradiz apenas a realidade, porque não existe tal norma como sentido de um real ato de vontade; ela também é contraditória em si mesma, porque descreve a conferição de poder de uma suprema autoridade da Moral ou do Direito e com isto parte de uma autoridade – com certeza apenas fictícia – que está mais acima dessa autoridade.” KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas (Allgemeine Theorie der Normen)*. Op.Cit., pp. 328/329.

cio com o devir daquela base. Propondo-nos a percorrer, dessa forma, o formato escalonado da “pirâmide” do sistema kelseniano, movendo-nos de baixo para cima, mesmo a mais singela das sentenças judiciais (a sentença do juiz singular), ou o ofício administrativo que algum burocrata faça imprimir, partindo daí e subindo chegaríamos, religiosamente, à *Grundnorm*: e mais, o mesmo ocorreria se ao invés de uma sentença ou um ofício, considerássemos todos os ofícios e todas as sentenças válidas.

Aqui, diferentemente do que ocorre na consideração da relação entre *Sein und Sollen* ⁶⁵ – que é dualista – não há qualquer dualismo, não se devendo falar, tampouco quando se tenha em mente o direito internacional, em mais de uma (em duas, por exemplo) norma fundamental: não temos nesse caso sistemas paritéticos, posto que se assim fosse demandar-se-ia de modo correlato uma série de ciências jurídicas, uma infinidade de pensamentos jurídicos, voltadas cada qual e paralelamente a sistemas jurídicos diferentes. Só há uma norma fundamental, e esse é um postulado do qual não se pode fugir, postulado esse do qual dimana a consequência de que tanto o direito interno como direito internacional – mas, em verdade, todo o direito – emanam do mesmo lugar-comum, da pressuposição de um “dado jurídico” ⁶⁶. De qualquer maneira, o que importa perceber é que a normatividade jurídica vai aí no todo dependente do pensamento jurídico: quer dizer, a norma de direito é considerada em sua estruturação unitá-

⁶⁵ Sem que possamos esquecer que tudo, em teoria pura do direito, decorre da cisão fundante entre direito, de um lado, e pensamento jurídico, de outro, com também o notou *Jean-Pascal*: “Cette opposition entre être et devoir-être, fait et valeur, doit être rapprochée du postulat fondamental de la théorie pure du droit, à savoir que la science doit être distinguée de son objet. Plus précisément, le droit (les normes juridiques) est l’objet de la science du droit. Or, se l’ordre juridique est composé de normes, c’est-à-dire de Sollen, la science du droit qui le décrit contient des propositions de droit. Les normes sont valables ou non valables, tandis que les propositions de la science du droit sont vrais ou fausses.” CHAZAL, Jean-Pascal. *Philosophie du droit et théorie du droit ou l’illusion scientifique*. Op.Cit., p. 315/316. E com o próprio autor da teoria pura: “Com, efeito, a ciência jurídica não tem de legitimar o Direito, não tem por forma alguma de justificar – quer através de uma Moral absoluta, quer através de uma Moral relativa – a ordem normativa que lhe compete – tão somente – conhecer e descrever.” KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, Op.Cit., p. 78.

⁶⁶ Para uma arguta análise crítica da “doutrina do dado jurídico”, e contrapondo-a uma análise do direito do caso concreto (como problema), conferir o: *Problemas Fundamentais da Metodologia do direito*, de Jan Schapp, em que se lê: “O núcleo de uma doutrina do dado prévio do direito provavelmente consiste no fato de não se declarar a realidade social como projeto do próprio direito, mas – em conexão com isto – de considerar possível uma descrição compreensível de figurar a partir de si mesma, que então é relevante em alguma perspectiva para o direito. (...) Nossa doutrina do caso nos parece trazer uma solução destes problemas. Temos, por assim dizer, no caso o ponto de conexão entre realidade e direito. com isto o caso não precisa ser considerado como um dado prévio do direito, já que ele sempre está estruturado através do direito vigente. De outro lado, o direito conserva, do ponto de vista do caso, contudo seu significado, pois o específico do caso reside no fato de que ainda necessita de solução. Pode até dizer-se que no caso a condição de dado *com* do direito e de dado prévio para o direito se conjugam de maneira absolutamente plástica.” SCHAPP, Jan. *Problemas Fundamentais da Metodologia do direito*. Trad. Ernildo Stein. Porto Alegre: Fabris, 1985, p. 38.

ria, a partir de um remetente único. E isso porque o normativismo jurídico é produto de um pensamento jurídico cognitivista, de modo que trabalha suas propostas reflexivas ao direito no âmbito de uma conceitualização rígida, ou rigorosa. Daí que para se compreender ao certo de que modo está concatenada a estrutura escalonada da teoria pura, bem como o modo como se encadeia cada uma das normas jurídicas, ponto de partida é esclarecer do que se está a falar quando se lança mão do conceito de “norma jurídica”. Como já adiantamos no correr deste texto, cuida-se do sentido específico de um ato de vontade subjetivo, intencionalmente orientado ao comportamento de outrem – com o que se indica um “dever-ser” –, mas que conquista uma objetividade especialmente jurídica, momento em que se garante que esse ato de vontade não se confunde com a “vontade de um certo sujeito”⁶⁷: aqui um nítido reflexo, no âmbito da ciência jurídica, da separação neokantiana entre *Sein und Sollen*. Aqui, porém, iniciam os problemas, uma vez que o salto da dimensão subjetiva à objetiva do “dever-ser”, como que a sobrepujar o resquício do ato de vontade meramente alocado no plano do “ser”, não ganha outra explicação senão algo como a sua “aceitação continuada”: como se houvesse, *a priori*, um conjunto de pressuposições que nos prescreve comportarmos tal qual dita o ato de vontade objetivo. Ademais de se tratar, aqui, de uma razão que remete a teoria a um alicerce da “psicologia” – que é tida como ciência do “ser” e, portanto, não deveria prejudicar a pureza de uma teoria normativa –, o pressuposto último dessa validação objetiva será, como se sabe, a norma fundamental⁶⁸.

⁶⁷ “No entanto, é preciso distinguir o sentido subjetivo do sentido objetivo. “Dever-ser” é o sentido subjetivo de todo o ato de vontade de um indivíduo que intencionalmente visa a conduta de outro. Porém, nem sempre um tal ato tem também objetivamente este sentido. Ora, somente quando esse ato tem também objetivamente o sentido de dever-ser é que designamos o dever-ser como “norma”. (...) Então, e só então, o dever-ser, como dever-ser “objetivo”, é uma “norma válida” (“vigente”), vinculando os destinatários. É sempre este o caso quando o ato de vontade, cujo sentido subjetivo é um dever-ser, é emprestado esse sentido objetivo por uma norma, quando uma norma, que por isso vale como norma “superior”, atribui a alguém competência (ou poder) para esse ato.” KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Op.Cit., p. 09.

⁶⁸ Acontece que o recurso à *Grundnorm* não é, de fato, uma explicação, mas antes uma sua recusa, prejudicando-se de vez a pureza pretendida, isto é, uma “teoria normativa” que tem por objeto tão só o “dever-ser”, mas já não o “ser”. “Por outro lado, a teoria pura do direito não explica de que modo um dever ser torna-se o sentido objetivo de um ato de vontade. O recurso à norma fundamental não é uma explicação, mas a recusa de qualquer explicação: efetivamente, remetido de um grau a outro do ordenamento jurídico, o problema é cada vez mais afastado do núcleo central do direito positivo; antes, é levado às margens de tal ordenamento e, enfim, para fora dele, reunindo-o a uma norma que Hans Kelsen mesmo denomina não mais jurídica, mas fundamental. A essa altura, o postulado da pureza – segundo o qual a ciência jurídica deve ocupar-se apenas do direito positivo – tornaria não apenas possível como metodologicamente necessário não ocupar-se desse problema fundamental, mas não jurídico.” LOSANO, Mario. *Sistema e estrutura no direito*. Op.Cit., p. 61.

Embora a teoria kelseniana da norma jurídica não seja de fato clara, isto é, não se explica como deveria, tal fato parece não incomodar o jurista austríaco, mormente porque lhe serviu – mesmo obscuramente – para introduzir entre os elementos de base do fenômeno jurídico uma distinção que afinal permeia e dá sentido a toda a teoria pura do direito: a diferenciação essencial entre *Direito*, de um lado e *Pensamento Jurídico* – então alçado à condição astronômica de *Ciência* –, de outro. Essa a mais profunda preocupação e intenção de redução objetivista da juridicidade, separar o direito positivo e a normatividade jurídica da ciência do direito e suas proposições descritivas, deitando cada uma dessas duas partes em dimensões ou planos autônomos e incomensuráveis entre si: a distinção entre o mundo do “dever-ser” e o mundo do “ser”⁶⁹. Uma vez que assume um olhar bifronte e dualista no tratamento do “ordenamento jurídico”, bem como da experiência jurídica como um todo, parte-se aí de um postulado segundo o qual há inadequação no uso sinonímico dos termos “normatividade jurídica” (ou simplesmente “norma jurídica” – *Rechtsnorm*) e “proposição jurídica” (alocada como descrição fria daquela normatividade – *Rechtssatz*)⁷⁰. Seu mérito reside nisso, mas faz promessa inglória, isto é, que não consegue ser cumprida: se antes de Kelsen a doutrina – sobretudo alemã – lançava mãos desses termos de forma indiscriminada, de modo a designar seja a *norma* de direito positivo seja a *proposição* descritiva que dela se faz por meio do pensamento jurídico, a cisão que se opera a partir da

⁶⁹ A tese é de tamanha controvérsia que não são poucas as tentativas de salvar de sentido normativo esse *labor jurídico*. Uma interessante discussão foi aventada por CHRISTOPH SIGWART e sua tese da ambiguidade do *Sein und Sollen* no eixo da *proposição jurídica*. Em resumo, tendo ele avistando nesta última a manifestação tanto de uma descrição (a forma da proposição jurídica) quanto de uma expressão do *Sollen* (seu conteúdo – inferido, afinal, da própria prescrição analisada), sugeriu a força prescritiva da descrição jurídica. Evidentemente, Kelsen não aceita a crítica. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. p. 89: “As proposições jurídicas a serem formuladas pela ciência do Direito apenas podem ser proposições normativas (*Soll-sätze*). Mas – e é esta a dificuldade lógica que se nos depara na representação desta realidade –, com o emprego da palavra ‘dever-ser’, a proposição jurídica formulada pela ciência do Direito não assume a significação autoritária da norma jurídica por ela descrita: o ‘dever-ser’ tem, na proposição jurídica, um caráter simplesmente descritivo.” Para uma análise mais detida dessa problemática, Cf.: LOSANO, Mario G. *Teoría Pura Del Derecho. Evoluciones y puntos cruciales*. Editorial Temis: Santa Fe de Bogotá - Colômbia. 1992.

⁷⁰ “Todo lo que se há dicho se puede resumir y ordenar diciendo que la ambigüedad del *Sollen* se resuelve en la distinción entre exposición sobre el contenido y exposición sobre la proposición. Sobre la proposición jurídica se puede enunciar un juicio de verdad (o falsedad), según que el precepto descrito haya sido (o no) efectivamente promulgado. Sobre el contenido prescriptivo de una proposición descriptiva podemos solamente decir se existe o no; em otros términos puesto que, para Kelsen, La validez es la existência misma de La norma jurídica, podemos solamente decir si el precepto es válido o no.” LOSANO, Mario G. *Teoría Pura Del Derecho. Evoluciones y puntos cruciales*, p. 108.

teoria pura não dá conta da realidade que em teoria tenta desenhar coerentemente ⁷¹. De qualquer maneira, consolida-se assim a distinção entre plano o descritivo da ciência, isenta de paixões e convulsões teoréticas, e o plano prescritivo do direito propriamente dito, ou simplesmente do direito-objeto ⁷². Acontece que, se é mesmo verdade que toda essa construção que conclui com a clara contraposição entre “ser” e “dever”, entre descrição e prescrição, norma e proposição, no cerne dos elementos constitutivos do ordenamento jurídico, esclarecendo-se de fato que existe de forma imanente à sistemática do Direito um “sistema externo”, daí não se pode concluir, todavia, que os textos kelsenianos conseguem firmar uma definição satisfatória de norma jurídica. E, ao que parece, isso se dá porque a teoria toma como ponto de partida uma aposta muito onerosa e difícil de ser paga, qual seja a absoluta dissensão entre direito e pensamento jurídico.

Fato é que quando colocados diante das explicações de *Kelsen* acerca do dito “sistema interno” do direito – cujo vértice se desenha com a *Grundnorm* – e avocando aqui a imagem metafórica da pirâmide, encontramos suficientes esclarecimentos quanto às suas faces, sua base e seus ângulos, mas já não quanto a esse vértice. E saindo um tanto do discurso da metáfora, temos que essa concepção kelseniana parece, com efeito, bem elucidar a chamada “realidade jurídica existente”, mas não a *origem* dessa realidade: especificamente, o que não se aclara de forma mais coetânea é a origem da *validade jurídica*, isto é, o ponto em que se inicia toda a “escalada” à realização do direito. Uma vez que com a teoria pura se isola o fenômeno jurídico ante aos demais fenômenos sociais e respectivas disciplinas teóricas, mas sobretudo a história, sua teoria jurídica finda por se assumir como uma teoria de *algo* – nomeadamente, o direito – que

⁷¹ Não é à toa que o próprio Kelsen, na sua dita primeira empreitada de teoria pura, também ele não tendo sentido a necessidade de distingui-los lançou mão desses termos de forma indiscriminada, como se ambos abarcassem a mesma realidade normativa. Apenas mais tarde diferenciou-se afinal a *proposição jurídica* (trabalho justicatório de descrição normativa) frente à *norma jurídica* (posta no plano prescritivo do *Sollen*). Essa mesma problemática (ou ambiguidade) seria mais tarde retomada, isto é, perderia sua pureza analítica com os *jusliberistas*, que embora contraponham o uso dos princípios do direito ao uso da norma de direito positivo, usam ainda assim - indiscriminadamente – o termo *Rechtssatz* para referir a ambos. LOSANO, Mario. *Sistema e estrutura no direito*. Op.Cit., p. 62.

⁷² Nas palavras do seu criador: “As proposições ou enunciados nos quais a ciência jurídica descreve estas relações devem, como *proposições* jurídicas, ser distinguidas das *normas* jurídicas que são produzidas pelos órgãos jurídicos a fim de por eles serem aplicadas e serem observadas pelos destinatários do Direito. *Proposições* jurídicas são juízos hipotéticos que enunciam ou traduzem que, de conformidade com o sentido de uma ordem jurídico – nacional ou internacional – dada ao conhecimento jurídico, sob certas condições ou pressupostos fixados por esse ordenamento, devem intervir certas consequências pelo mesmo ordenamento determinadas.” KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Op.Cit., p. 80/81.

se vê postulado como *algo* existente desde sempre e para sempre. Como é sabido, para manter a coerência teórica com a sua propugnada pureza metodológica, a teoria pura do direito impõe ao jurista a exigência de depurar o direito de todo e qualquer elemento estranho, devendo o direito ser explicado e elucidado tão só mediante o próprio direito. As ditas “imagens metajurídicas” tão referenciadas pelas explicações de tipo jus-naturalistas – o próprio *Kelsen* aludirá as figuras de Deus ou da Natureza como possíveis autoridades instituintes metajurídicas – de fato não terão espaço na teoria pura, uma vez que se assim fosse ter-se-ia de admitir que o direito tem raiz em eventos extrajurídicos⁷³. Ao lançar mão da norma fundamental, sua intenção é conferir de juridicidade o plano fundamental do direito-*objeto*, garantindo-lhe um ponto de partida (uma origem) e um ponto de chegada que afinal prescinde de um olhar metajurídico. Embora seja com efeito possível asserir um espaço de fundamentação propriamente jurídica ao direito, não se fazendo forçoso assim um apoio a partir daquele olhar estranho (diríamos, extrajurídico), a tentativa aqui em comento resolve tal problemática com um mascaramento da realidade em termos jurídicos: dizer que *Sein und Sollen*, bem como pensamento jurídico e direito, são de tamanha diferença que sequer tocam é o que condena essa empreitada; na medida em que o pensamento jurídico é *proibido* de conferir qualquer tom de legitimidade ou de validade jurídica ao direito, suas inferências normativas – também elas – não deixam de constatar tonalidades metanormativas ou simplesmente extrajurídicas ao direito posto⁷⁴.

⁷³ “(...) se se pergunta pelo fundamento de validade de uma Constituição estadual que foi historicamente a primeira, quer dizer, de uma Constituição que não veio à existências pela via de uma modificação constitucional de uma Constituição estadual anterior, então a resposta – se renunciamos a reduzir a validade da Constituição estadual e a validade das normas criadas em conformidade com ela a uma norma posta por uma autoridade metajurídica, como Deus ou a natureza – apenas pode ser que a validade desta Constituição, a aceitação de que ela constitui uma norma vinculante, tem de ser pressuposta para que seja possível interpretar os atos em conformidade com ela como criação ou aplicação de normas jurídicas gerais válidas, e os atos postos em aplicação de normas gerais como criação ou aplicação de normas jurídicas individuais válidas.” KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Op.Cit., pp. 223/224.

⁷⁴ Não se deve perder de mente que há uma diferença lógica no funcionamento do direito, de um lado, e do pensamento jurídico, de outro. É o direito, e não o pensamento jurídico, que de fato é válido, como se o fosse por si só, cabendo ao segundo meramente constatá-lo. Mas em suas inferências próprias, a ciência do direito não se articula em termos de *validade*, mas sim de *verdade*. De modo que, se as normas são válidas, as proposições são *verdadeiras* (ou falsas), mas já não válidas, pois não têm teor normativo na própria normatividade do Direito. Nesse sentido: “Il est de fait que Kelsen a constamment tendance à passer, se l’on peut dire, de la théorie pure du droit à la théorie du <<droit pur>>, c’est-à-dire d’un droit logique, d’un purété esthétique, mathématique. C’est ainsi, notamment, qu’il affirme très souvent la soumission des normes juridiques au principe de non-contradiction: ‘une science normative ne peut admettre de contradiction entre deux normes appartenant au même système.’ (...); ‘on ne saurait affirmer la validité simultanée d’une norme de contenu A et d’une norme de contenu non-A’ (...), etc. Les normes juridiques sont donc traitées purement et simplement à la manière de propositions

Uma vez que a intenção de *Kelsen* é operar uma explicação não jusnaturalista, tampouco histórico-sociológica do fenômeno jurídico, mormente no que toca a temática da sua origem ou fundamentação última, seu esforço vai ao sentido de edificar, como salientado, um “sistema interno”. As críticas que à teoria pura se direcionem, portanto, não podem ignorar o fado de enfrentá-la internamente, isto é, nos termos mesmos de suas bases teóricas, mostrando-se mesmo isenta de sentido a crítica que se faça tão só a partir de fora, como uma “crítica externa”, haja visto que nesse caso perderíamos a criteriologia de que o olhar interno nos prime. Daí que se tenha dito que o sistema jurídico interno estruturado por *Hans Kelsen* assemelha-se a certas estátuas representativas do rio Nilo antes que as suas nascentes fossem conhecidas: ela seria, nesse sentido, como corpos esculturais e simétricos que culminam, porém, em cabeças cobertas por panos. Deveras, necessária seria descobrirmos tais cabeças, retirando-lhes o pano que as envolve para então conhecermos-nas de fato, mas já não seria correto simplesmente colocarmos outras cabeças no lugar da original. Dizer – subjetivamente – que a nova face proposta é mais bela do que a original (então desconhecida) não é suficiente da mesma forma em que é acrítica, sobretudo porque nesse caso não conhecemos a face que criticamos. Metodologicamente, mais adequado é submetermos a teoria pura a uma análise interna que permita um seu conhecimento atento e completo, a fim mesmo de fazermos vir à tona suas insuficiências e seus defeitos crônicos, em suma suas contradições internas, mas por certo já não seria válido o trabalho que simplesmente propõe uma “nova teoria jurídica” – a partir de um juízo de valor externo – a ganhar vigência em seu lugar se sequer se conhecem as incoerências da doutrina censurada, de modo que o abandono da primeira (até então dominante) por uma outra qualquer não se veria justificado.

É por suas escolhas intelectuais que a análise da teoria jurídica de *Kelsen* deve ser empreendida, como que a decifrar a coesão ou não de seu discurso, no que deve ir implícito que, se a crítica deve mesmo existir, ela não será alocada tão somente nos resultados alcançados com determinada metodologia, mas da própria metodologia empregada⁷⁵. Tendo isso em mente, não se pode esquecer que o ponto de partida genera-

scientifiques, justiciables de la logique formelle.” AMSELEK, Paul. *Méthode phénoménologique et théorie du droit*. Op.Cit., p. 184.

⁷⁵ Com *Castanheira Neves*: “(...) o sistema jurídico (prático-normativamente jurídico) é constituído pela síntese dialéctica entre o direito, como <<o objectivo>>, e o pensamento jurídico, como <<o lógico>> desse objectivo (de outro modo, como o noemático e o noético, respectivamente, do jurídico),

líssimo da teoria pura é aquele – de certa forma, já referenciado – segundo o qual o labor científico (e, da mesma forma, da ciência jurídica) é descrever uma dada realidade⁷⁶. O que deve restar aqui claro, diante dessa premissa, é que se – segundo esse olhar – a ciência do direito faz uso de uma linguagem descritiva enquanto o direito propriamente dito faz uso de uma linguagem prescritiva, como já fora aventado com a diferenciação forçada entre norma e proposição jurídica, ao indicar o caminho para se chegar à norma fundamental (*Grundnorm*) a teoria pura do direito abre mão da linguagem meramente descritiva para se fazer como preceito normativo do direito⁷⁷. Ao dizer que o jurista para empreender seus estudos jurídicos *deve pressupor* uma norma fundamental, a teoria pura do direito não está a descrever, como de resto o faz noutras partes, mas sim a prescrever: a própria ciência jurídica – que a princípio desenrola suas inferências no plano do *Sein* – encontra sua rota normativa no plano do *Sollen*, e suas traduções do fenômeno jurídico, nesse caso, não estão a fornecer uma imagem de como o direito é, mas de como ela desejaria que ele fosse interpretado. Afinal, não é sem razão: por que a busca do pensamento jurídico “deve” culminar e terminar na norma fundamental? Se, com efeito, essa é a opinião de alguns autores jurídicos, dentre eles *Kelsen*, tal solução não é, todavia, ponto incontroverso, se é que não é mesmo o mais controvertido de toda a teoria pura.

podendo assim dizer-se aqui o que analogamente se diz para a ciência – se esta se pode entender simultaneamente como << conexão das coisas a que se refere o pensamento, e como <<conexão das verdades>>, em que obtém validade ou determinação objectiva aquele real que é, e se uma coisa e outra se oferecem juntas e são inseparáveis <<a priori>>, embora <<inseparabilidade (que) não é identidade>> mas a correlatividade do <<ser em si>> e da <<verdade em si>> (v. HUSSERL, ob. Cit., 232, s.), diremos nós também que o <<direito em si>> e o <<pensamento jurídico em si>> são elementos constitutivos (inseparáveis e correlativos, mas não idênticos, do sistema jurídico.” CASTANHEIRA NEVES, A. *A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido (Diálogo com Kelsen)*, p. 110.

⁷⁶ É assim que se dá início à teoria pura do direito: “A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo – do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É teoria geral do Direito (...) Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e com o é o direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do direito.” KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Op.Cit., p. 01.

⁷⁷ Esse movimento de passagem de uma linguagem descritiva a uma linguagem prescritiva, no plano da ciência, fica patente na seguinte passagem, cujos grifos são nossos: “Como já notamos, a norma que representa o fundamento da validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior. Mas a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser pressuposta, visto que não pode ser posta por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento da sua validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (*Grundnorm*).” Ibidem, p. 217.

É assim que ocorre, como veremos, aquilo que queremos chamar aqui de infiltração do *Sein* no plano do *Sollen*, como que a assentar que as possíveis discontinuidades em sua referência, seja num pretenso dualismo normativista seja num seu rompimento decisionista, não são mais do que modulações de uma continuidade. Assim como percebeu *Mario Losano*, a substituição de um discurso prescritivo àquele que “deveria ser” descritivo, sobretudo porque artificioso, releva não somente a compleição de elementos ideológicos na dimensão teórica, como infere quanto à natureza desses mesmos elementos ideológicos. Fato é que nem todos partem dos pressupostos positivistas de *Kelsen*, e embora a teoria pura se esforce – à esmo – para enfronhar a realidade jurídica de modo puro, isto é, a partir de uma metodologia estritamente jurídica, vislumbrando-se valorativamente imparcial, “ela é necessariamente levada a tomar posição sobre certos problemas de fundo, posicionando-se, assim, a favor de uma certa concepção teórica e rejeitando outras”, ao passo que nessa empreita a norma fundamental aparece como um importante discurso cripto-ideológico.⁷⁸ Perceba-se que a norma fundamental não se firma qual se fosse ela desejada, e isso tampouco pelo pensamento jurídico, sendo ele efetivamente uma norma pensada, com o que a ciência jurídica, uma vez que a perceba existente, abriria mão de se arrogar autoridade instituinte de normas. Como “norma” é “ato de vontade” e a norma fundamental não é uma norma desejada, mas *pensada no plano ciência*, ela não é propriamente uma norma: de outro lado, tomando o caminho inverso, o resultado é o mesmo, uma vez que supondo ser ela uma norma estatuída, não seria ela mera pressuposição lógica, mas teria um seu instituidor, o que, porém, é evidentemente impossível, pois ela não é uma norma posta. Conclusão inescapável diz que não se pode concluir ser ela uma norma, posto que assim o fizéssemos não saberíamos responder quem é a autoridade que a institui⁷⁹.

⁷⁸ “Uma das mais radicais ilusões de Kelsen consiste em acreditar que o ser valorativamente imparcial coincida com o evitar acuradamente enunciar os pressupostos filosóficos e ideológicos de que parte a própria exposição teórica. Com isso, coloco em dúvida não tanto a boa-fé do empenho antiideológico kelseniano, mas os resultados científicos de tal posicionamento: apresentam-se como imparciais posicionamentos ideológicos, de cuja natureza, talvez, nem mesmo seu autor esteja consciente. Visto que a teoria pura do direito contém (involuntariamente) discursos ideológicos, deve ser sublinhado que a teoria da norma fundamental é o discurso cripto-ideológico de máximo relevo na construção kelseniana: a teoria da norma fundamental é, efetivamente, a arquitrave sobre a qual se rege todo o sistema dinâmico do direito proposto por Kelsen.” LOSANO, Mario. Sistema e estrutura no direito. Op.Cit., p. 83.

⁷⁹ “Neste sentido, a norma fundamental é a instauração do fato fundamental da criação jurídica e pode, nestes termos, ser designada como constituição no sentido lógico-jurídico, para a distinguir da Constituição em sentido jurídico-positivo. Ela é o ponto de partida de um processo: do processo de criação do direito positivo. Ela própria não é uma norma posta, posta pelo costume ou pelo ato de um órgão jurídico, não é uma norma positiva, mas uma norma pressuposta, na medida e que a instância constituinte

Além de o dito “sistema interno” do direito só existir na medida em que se realiza em concreto, isto é, tem ele sua validade dependente da eficácia – o que por si só sobrepõe a dicotomização densa de *Sein und Sollen* –, o problema central das asserções kelsenianas reside no fato (teórico) de a norma *Grundnorm* ser univocamente e a um só tempo fruto do pensamento jurídico (*Sein*) e fundamento da validade do direito positivo (*Sollen*). Vale lembrarmos, ademais, que a sua pureza metodológica não se preocupa em pensar a realização concreta da juridicidade, uma vez que essa é abandonada – como já dissemos – a um mero ato de vontade: sua preocupação desloca-se mesmo para aquele nível da fundamentação, daí sua relevância. É nessa dimensão, por conseguinte, em que se manifestam as mais relevantes defasagens da teorização kelseniana, aí também o “calcanhar de Aquiles” da arquitetura insta à teoria pura. Enquanto a norma positiva, concebida afinal como Direito, não é mais senão o sentido de um ato de vontade *real*, a norma fundamental, de seu turno, porquanto pensada, somente pode ser assumida como ato de vontade *fictício*: com isso, recorre-se à ficção a fim de conceder sentido jurídico àquilo que, *em si*, no âmbito do direito não existe. Em suma, do que se trata aí não é de uma norma jurídica, ao menos não no sentido que lhe imprime Kelsen como constructo de uma ordem coercitiva, sendo mera expressão do conhecimento⁸⁰. Essa conclusão independe da opção entre sua caracterização como ficção ou pensamento, isto é, já não é relevante que se argumente – como Kelsen fez no final de sua vida – que a *Grundnorm* não é propriamente uma arte do pensamento, mas uma ficção reflexiva⁸¹. Certo é que temos aqui a tentativa de conciliar o incon-

é considerada como a mais elevada autoridade e por isso não pode ser havida como recebendo o poder constituinte através de uma outra norma, posta por uma autoridade superior.” KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Op.Cit., p. 222.

⁸⁰ “Justamente, Kelsen escrevia na segunda edição da *Teoria pura do direito* que, não podendo a ciência jurídica estatuir nenhuma norma, deveria limitar-se a pensar a norma fundamental. Porém, desse fato resulta coerentemente que a norma fundamental não prescreve que é preciso obedecer às ordens da autoridade constituinte: permanece conhecimento [...]. O fato de que uma norma descreva, e não que prescreva, é, contudo, inconciliável com a teoria pura do direito.” LOSANO, Mario. *Sistema e estrutura no direito*. Op.Cit., p. 90.

⁸¹ Lembremos que Kelsen, bem mais tarde, tenta em sua obra póstuma salvar a concepção de norma fundamental que havia já assentado na teoria pura, o que, todavia, se faz já impossível, sobretudo porque não há explicação que dê conta de tal intento: “O fim do pensamento da norma fundamental é: o fundamento da validade das normas instituintes de uma ordem jurídica ou moral positiva, é a interpretação do sentido subjetivo dos atos ponentes dessas normas como de seu sentido objetivo; isto significa, porém, como normas válidas, e dos respectivos atos como atos ponentes de norma. Este fim é atingível apenas pela via de uma ficção. Por conseguinte, é de se observar que a norma fundamental, no sentido da vaihingeriana Filosofia do Como-Se não é hipótese – como eu mesmo, acidentalmente, a qualifiquei – e, sim uma ficção que se distingue de uma hipótese pelo fato de que é acompanhada pela consciência

ciliável, nos termos pressupostos pelo normativismo jurídico, qual seja a imposição de uma instância reflexiva como base fundante da coercitividade do sistema jurídico interno.

Ademais, não se deve esquecer que a adoção do formato silogístico de validação das normas do “sistema escalonado” exige – para que a norma inferior (conclusão do silogismo) seja válida e, portanto, *normativa* – que também a norma que lhe é superior seja uma norma válida e normativa. A lógica do silogismo formal esclarece que a premissa maior é sempre normativa, ao passo que a premissa menor é descritiva (uma vez que se volta ao “fato subsumível”), para que com isso a conclusão ganhe igualmente normatividade: assim, para que a conclusão (norma inferior) seja normativa, impõe-se que a premissa maior (norma superior) igualmente tenha teor normativo. É aqui, todavia, que nos surge uma complicada aporia da teoria pura: uma vez que a norma fundamental não prescreve, isto é, não tem qualquer teor normativo, mas tão só descritivo, não pode ela cumprir a função de premissa maior na lógica silogística por meio da qual se ergue o sistema interno do direito⁸². Daí que se faça tão relevante a *Kelsen* e sua sistematicidade interna comprovar a normatividade da norma fundamental, embora com isso se conduza a teoria jurídica a um beco cuja única saída se apresenta como espécie de “enxerto de um corpo estranho”. Os seus esforços, que por certo são louváveis, no sentido de eliminar quaisquer tentativas de explicação externa à formação normativa do Direito, acabam – como se *Kelsen* aderisse ao “excesso oposto” daquilo que tanto critica – por fornecer uma explicação jurídica para eventos que, em verdade, são extrajurídicos. O que isso demonstra é que é a própria tentativa fundar o fenômeno jurídico em coerência com a doutrina juspositivista o que afinal o condena à incoerência (aporética) intra-sistemática: o resultado disso é o querer abrir com uma “chave jurídica” o que é, sob esse mesmo olhar, externo ao campo jurídico. Em resumo, o que temos diante de nós não deixa de ser um mascaramento em termos jurídicos de uma “situação de fato”, ou, melhor, a desproblematização do direito com um arrojo teórico de uma problemática que é no todo concreta.

ou, então, deve ser acompanhada, porque a ela não corresponde a realidade.” KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas (Allgemeine Theorie der Normen)*. Op.Cit., p. 329.

⁸² Conferir: ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2006, pp. 29/31. Ver, ainda: BITTAR, Eduardo. *Lógica Jurídica: uma perspectiva material e pragmática do raciocínio jurídico*. In. *Temas de Filosofia do Direito*. São Paulo: Manole, 2004, pp. 133/178.

Além de a descrição da *Grundnorm* não dar cabo do problema da “validade do direito”, como parece ter ficado evidenciado, deve-ser perceber, ainda, que na base das escolhas kelsenianas encontramos – contrariamente à proposta inicial – subsídios teóricos não propriamente jurídicos, mas sim *filosóficos*. E uma vez que se desloque a discussão ao plano dos fundamentos filosóficos da teoria pura, é forçoso inferir que a norma fundamental vai aí arrazoadada não como instância jurígena, mas como verdadeira “condição lógico-transcendental” da interpretação do direito-*objeto* pela ciência jurídica, o que, ademais, não é outra coisa senão uma aplicação conceitual da “teoria kantiana do conhecimento” ao campo jurídico. Essa aproximação é de fato bastante evidente: tal qual *Kant* se perguntara acerca da possibilidade de uma interpretação isenta de qualquer metafísica dos fatos e dos sentidos, também a teoria pura do direito aventou a questão da possibilidade de uma interpretação do sentido subjetivo do direito como sistema de normas jurídicas objetivamente válidas (numa dimensão positiva) e traduzíveis teoricamente no formato das *proposições jurídicas*. Diante disso, não é equivocado concluir que a norma fundamental é, em última instância, não uma ordenação jurídica, mas a imagem de uma muito específica concepção filosófica que então se vê refletida no discurso de numa “teoria do direito”: com isso, admitir a natureza metajurídica à origem do direito, natureza essa veementemente negada pela teoria pura, é infungível. Acontece que, se é mesmo uma ordem filosófica que está no vértice da juridicidade – como que a confirmar que o “direito é” aquilo que o *jurista* escreve que ele “deve-ser” –, sendo a validade jurídica, também em *Kelsen*, decorrente do labor do próprio pensamento jurídico, já não nos é viável aceitar que é a norma fundamental aquilo que verdadeiramente cria o direito, senão que o próprio *ser humano* ⁸³. O que a essa altura minimamente se impõe reconhecer, e não obstante as espinhosas problemática que daí decorre, é que estamos a assistir a uma *infiltração* de um princípio ou movimento do pensamento jurídico (*Sein*) no próprio vértice do direito-objeto (*Sollen*): isso se encontra comprovado no fato de a norma fundamental não ser *visível* em qualquer ordenamento positivo, posto que se trata de uma *norma pensada*.

⁸³ “As obras kelsenianas enunciam uma rigorosa separação entre ciência jurídica e realidade jurídica em nível de norma jurídica e de proposição jurídica, mas depois confundem os dois planos em nível de ordenamento, ou seja, de sistema de normas jurídicas. Efetivamente, Kelsen diz que a norma fundamental é pressuposta pela ciência jurídica, mas acrescenta depois que a norma fundamental atribui validade ao ordenamento jurídico-positivo. Em todo o discurso kelseniano aflora sempre ora uma concepção, ora outra, dependendo se o discurso verte sobre a ciência jurídica, ou ainda sobre o direito positivo, que constitui seu objeto.” LOSANO, Mario. *Sistema e estrutura no direito*. Op.Cit., p. 94.

E é especificamente porque não se faz possível essa alocação positiva da *Grundnorm* no âmbito da “objetividade jurídica” que não apenas a função intra-sistemática de fundamento último da validade do direito, mas também sua neutralidade valorativa se percebe depreciada. Asserção de que a norma fundamental não passa de um fundamento de condição lógico-transcendental da análise jurídica, como se a ela não restasse qualquer papel ético-político (mas apenas epistemológico), pode, quando muito, ser assumido como um desejo de *Kelsen* e de sua teoria pura, mas por certo não corresponde à realidade que sua própria doutrina desenha. Não é mentira que, numa perspectiva cognoscitiva, a *Grundnorm* encerra o sistema jurídico sem se retirar do próprio direito, tendo a teoria pura, assim, *construído* um sistema interno quase perfeito. Ocorre que, sendo a teoria pura um trabalho de verdadeira ciência do direito – como ela mesma se pretende –, sua empreitada tinha como ponto de partida e ponto de chegada a *descrição*, isto é, concretizar a própria proposta de “descrever o direito como ele é”: à ciência jurídica, nessa esteira, impõe-se expor objetivamente o ordenamento jurídico positivo, e tal ordenamento não encerra qualquer norma fundamental. Ela não é instituída por nenhum órgão legislativo, sendo antes pensada pelo teórico do direito – é *Kelsen* quem a pensa –, de modo que se assinala do direito não por si só, mas é aí anexada pelo próprio pensamento jurídico. Enxertada nos moldes de uma concepção kantiana de filosofia sobre um rigoroso positivismo jurídico, e embora tenha sido idealizada a fim de manter distante da assim chamada cidadela da teoria pura do direito todo e qualquer elemento externo ao “jurídico-positivo”, a norma fundamental se revela, assim, um verdadeiro cavalo de Tróia do normativismo jurídico ⁸⁴.

b) *Do sistema para dizer ao sistema para fazer o direito: dando atenção à “realização do direito”.*

⁸⁴ Como dito de início, não é nossa intenção esgotar aqui as problemáticas insertas na obra de *Hans Kelsen* (dentre tais problemas, citamos, além da problemática da norma fundamental, a dependência da validade jurídica frente à eficácia, que também abre rachaduras no dualismo de *Sein* e *Sollen*, e a ausência de explicação do *Sollen*), mas apenas pontuar o caminho que ele tomou para resolver – ou, melhor, tentar resolver – o problema do direito. Acontece que, como ensina *Mario Losano*: “A evolução social faz justiça sumária de doutrinas e problemas. As teorias são abandonadas não porque completamente esclarecidas – e isso seria, antes, um mérito que as tornaria esclarecidas –, mas porque os problemas dos quais se ocupam já não interessam. Outras teorias surgirão de suas ruínas, até que o pêndulo da história não retorne à direção anterior, suscitando problemas não iguais, mas semelhantes, suscitados por interesses não iguais, mas análogos. Tal é a questão dos problemas “eternos” do direito: sua eternidade consiste na perene incompletude e diversidade com que se apresentam, historicamente.” *LOSANO, Mario. Sistema e estrutura no direito. Op.Cit., p. 132.*

Toda a produção teórica de *Hans Kelsen*, embora arquitetada nos primórdios do século XX, deita suas raízes – como dissemos – na tradição filosófica do idealismo kantiano, bem como na crença da racionalidade positivista e lógica: sobretudo porque sua preocupação metodológica não se volta tanto ao momento da concretização normativa do direito, mas sim à sua “fundamentação última”, a lógica será aí grande propulsora, responsável por tantas discussões em torno da obra kelseniana, ora críticas ora de adesão. Como é notório, esse mesmo século – um “breve século”, como disse *Eric Hobsbawm* – traz à luz do dia uma miríade de acontecimentos e episódios sócio-políticos que colocam em xeque – implacavelmente – aqueles princípios, e com isso, muito grosso modo, ao “idealismo” substituir-se-á o materialismo e à “razão”, a vontade. Isso se opera nas mais variadas áreas de manifestação da cultura. Em direito, deixa-se de admitir a prevalência das inferências da lógica como instrumento cardeal da *interpretação jurídica*. No que toca o momento da “aplicação do direito”, ao menos em teoria, o ato de levar a norma geral ao caso concreto não se vê mais guiado por um olhar de dedução lógico-formal, privilegiando-se a própria “vontade do decididor”. Uma vez que *lógica* e *sistema* são conceitos vizinhos, de regra aparecendo internamente correlacionados, com a perda de espaço analítico do primeiro também o segundo acaba depreciado, de modo que as teorias mais realistas do século XX – isto é, teorias que se voltam a esse momento da realização em concreto do direito e, portanto, às noções de aplicação e interpretação jurídicas – já não aceitam o enfronhamento sistemático. Nessa esteira, apenas exemplificativamente, surgirão uma série de novas *Escolas jurídicas*, como já o dissemos, cabendo ora apenas lembrá-las: cuida-se do “Movimento do Direito Livre” (sobretudo com *Hermann Kantorowicz*), a chamada “Jurisprudência dos Interesses” (com *Philip Heck*): exemplos de pensamento jurídico que se esforçou por empenhar novos trilhos à ocorrência jurídica, liberando a decisão judicial dos excessos do legalismo ao aventar que o juiz deveria realizar o direito não sob a égide fria de uma leitura lógica da norma, mas nos moldes críticos dos interesses protegidos pelo direito. O que são afinal esses “interesses do próprio direito”, onde eles se encontram, e o que é a representação do *valor* no âmbito do pensamento jurídico são questões que não deixaram de ser ventiladas. De tal modo que, não obstante a noção de “sistema” não tenha efetivamente saído da cena jurídica, tendo apenas galgado novos horizontes

de significação e sentidos, o pensamento jurídico passa a desenvolver a apreensão de suas problemáticas não mais visando um sistema para dizer ou simplesmente interpretar o direito, mas para *fazê-lo* em concreto ⁸⁵.

O problema da interpretação jurídica, tendo sofrido radical mudança de perspectiva, deixa atualmente de ser concebido num formato estritamente *legiferante*, como se sua aparição não respondesse a outra demanda senão a da compreensão da norma posta, para ser pensado – já ela mesma – como *actus de realização do direito*. Nisso vai implícito, de um lado, que a interpretação jurídica não se esgota na *lei*, tomada abstratamente ou em si, mas também, de outro lado, que a realização do direito não tem de ter o seu horizonte normativo e decisional delimitado pelos enredos específicos de cada época. Como se estivéssemos a assistir uma confrontação inevitável entre *interpretatio legis* e *interpretatio iuris* – que por certo engendra a prevalência prática d segundo sobre a primeira –, impõe-se perceber, igualmente, que é a própria ocorrência jurídica em sua problemática autônoma e específica que acaba por redefinir os enredos que terão mediação no direito. Se já em *Kelsen* a distinção dualista entre direito e pensamento jurídico não passava de uma “ficção” do teórico do direito ⁸⁶, de sorte que, percebido isso, o direito não precisa ser encarado como mero *objeto* posto frente à ciência jurídica, sua realização também não pode ser confundida com a mera “aplicação” desse suposto objeto ⁸⁷.

⁸⁵ Com isso, esclareça-se, a noção de interpretação jurídica não perde espaço no campo de reflexão do pensamento jurídico, antes o contrário, deixando ela a função de meramente “dizer” o direito para passar a “fazer” o direito em concreto. Em verdade, ela não desaparece do vocabulário dos juristas, mas ganha novo sentido e, especialmente, nova dimensão normativa. Sua como que “resignificação” faz também parte dessas reflexões. Nesse sentido, assim começa *Castanheira Neves* o seu último livro dedicado ao tema, escrito já no século XXI: “A interpretação jurídica suscita um problema particular, embora nuclear, no quadro global da metodologia do direito e a sua intencionalidade específica é aí a resultante de uma complexa multiplicidade de factores. Pressupõe o contexto cultural que vai no horizonte significante dos juristas e representa a concepção fundamental do direito de cada época, é codeterminada pela perspectiva epistemológico-metodológica do pensamento jurídico e vê-se orientada pelos imediatos objectivos práticos da realização do direito. E estando no nosso tempo tudo isto, já em deliberada revisão, já mesmo em mutação, a interpretação jurídica não pode deixar de se nos oferecer também profundamente problemática: deixou de haver uma sua teoria estabilizada e dominante que tranquilamente se pudesse expor nas suas linhas características – como ainda acontecia, poderá dizer-se, há duas ou três décadas – para voltar a ser ela hoje um problema em aberto. Um problema em aberto sobre que, já por isso, importa reflectir.” CASTANHEIRA NEVES, A. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica* – I. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 09.

⁸⁶ Não quer admitir a continuidade entre pensamento jurídico e direito, antes querendo encobri-la, parece de fato o maior dos equívocos de *Kelsen*. E, nesse sentido, o seu dualismo não deixa de lembrar os análogos discursos das ciências biológicas *pré-Charles Darwin* que ao animal contrapunha o ser humano como criação de Deus à sua imagem e dotado de espírito.

⁸⁷ Dessa forma, se a realização do direito deixa de ser pensada como mero ato de “aplicação normativa”, o que como dito pressupõe um “objeto prévio” a ser “aplicado”, vendo-a antes como prática

Como dissemos de início, aquilo que encontramos de modo imemorial na realização do direito, a se impor como verdadeira *constante* de sua ocorrência é alguma espécie de manifestação reflexiva do pensamento jurídico frente à necessidade de decidir-se acerca de um problema concreto, extraíndo-se aí a sua juridicidade: em suma, o que temos é o *pensamento jurídico* e a *decisão* ⁸⁸; daí falar-se que é o direito é fenómeno de *decisão-judicativa* cuja emergência se desenrola na relação entre reflexão e decisão judicial. A “teoria do direito” enquanto tal depende, e de modo visceral, dessa decisão e das problemáticas que lhe são imanentes, ao passo que, e numa espécie de dialética própria, também essa decisão para que se efetive como tal – isto é, autonomamente – demanda uma teoria do direito, ou, simplesmente, de um pensamento jurídico que a reconheça como problema a ser resolvido. A adequada mediação das positivities históricas que se voltam ao direito e aos juristas como pretensos critérios decisórios somente podem ser bem apreendida – e quiçá inserida numa metodologia própria – se tivermos bem assentada essa espécie de “relação dialética”. Esse é o fundamental que se tem de reconhecer, do contrário corre-se o risco de novamente acorren-tar-se a realização jurídica: e isso pode se dar, percebe-se, tanto com um retorno ao “enlace normativista” – como de certa forma é possível antever atual na escrita hermeneútica – quanto a partir dos “projetos funcionalistas”, como veremos nos próximos capítulos. Uma vez que aceitamos que é na própria ocorrência jurídica que está o ato de determinação do sentido normativo do direito e a formação de sua normatividade autônoma – a gênese do seu vínculo social –, o pensamento jurídico como que recupera a sua dimensão *concreta*, assumindo a vocação essencial do direito contra o normativismo que o refugiara na alienante fundamentação abstrata. Com isso, está-se a asse-rir que a origem do direito é o próprio palco da vida, estando aí os seus problemas – ou os problemas do pensamento jurídico –, instados num plano concreto, advertindo-se que também aí e de modo concreto deve ser pensada a sua fundamentação, não como a

histórica, confere-se então à interpretação jurídica uma *função normativa*, distinguindo-a da interpretação de *função cognitiva*, como a filológica e a histórica, bem como da de *função reprodutiva* ou *representativa*, como as da tradução, da representação dramática e da musical.

⁸⁸ Ao tratar do normativismo kelseniano, Legaz y Lacambra emite estas interessantes palavras: “Las normas no están inscritas en el material jurídico con que se topa el jurista; tampoco son la expresión de ninguna necesidad ética superior al Derecho positivo: por tanto, son una construcción del mismo jurista. Hay norma porque el pensamiento vincula bajo el signo del deber ser dos acaeceres reales que, desde outro punto de vista, habría que considerar bajo el signo del suceder real en la relación de antecedente causal y efecto. La norma no es establecida por el legislador, sino construída por el pensamiento jurídico.” LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *Introducción a la ciencia del derecho*. Barcelona: BOSCH, Casa Editorial, 1943, p. 169.

justificação de uma ordem normativa dada, mas como contínua vivência e aprendizado.

É a *interpretação autêntica* – no sentido fixado a partir de *Kelsen*⁸⁹ – que então ganha centralidade judicativa, e sobretudo porque a sua propensão à irracionalidade (uma vez que conduzida pela inevitabilidade da decisão) abre lastro à reflexão crítica e aos estudos jurídicos, na esteira do que dissemos acima. Quando se fala de uma possível apreensão metodológica dessa atividade decisional não se está aventando, fique claro, que as ditas “teorias da decisão” ou as inglórias “metódicas da interpretação” – canonizadas com *Savigny* – possam por si só resolver o problema (do direito) que nos cabe perquirir. A prática de realização do direito, a encontrar “território privilegiado” na representação jurisdicional do tribunal e do processo judicial, por certo que não se permite absolutamente consumida pelas tentativas de enfronhamento meramente teórico, e assumi-lo é ponto de partida de qualquer possível e séria “metodologia jurídica”, embora não se deva deixar levar pelos discursos que atualmente têm guarida no *pensamento hermenêutico* e nos irracionalistas⁹⁰. Há um caminho possível de ser percorrido, um *tertium genus* que não se confunde nem com a completa *decisium ex nihilo* nem com a pressão (sem força) da metódica ainda hoje estandardizada⁹¹.

⁸⁹ “Desta forma, existem duas espécies de interpretação que devem ser distinguidas claramente uma da outra: a interpretação do Direito pelo órgão que o aplica, e a interpretação do Direito que não é realizada por um órgão jurídico mas por uma pessoa privada e, especialmente, pela ciência jurídica. KELSEN, *Teoria pura do direito*. Op.Cit., p. 388.

⁹⁰ Como ensina perceber *Carl Schmitt*: “O *ethos* do Estado jurisdicional consiste em o magistrado julgar diretamente em nome do Direito e da Justiça, sem que lhe sejam transmitidas ou impostas normatizações dessa Justiça por meio de outros poderes políticos não judiciários. Trata-se de um princípio simples e evidente, enquanto Direito e Justiça dispuserem de um conteúdo inequívoco, sem normatizações intervencionistas, não se revelando instrumentos de interesses por hegemonia e posse.” Daí que na página anterior tenha ele dito: “Em tempos de concepções jurídicas estáveis e de posse consolidada, o Estado jurisdicional predominará e as últimas decisões de guardião e protetora do Direito distinguido pelo Estado, um Direito que ao Estado precede e que lhe é superior. Aliás, em uma coletividade dessa natureza, dificilmente se poderá falar de um “Estado”, pois, no lugar de uma unidade política, teria surgido uma simples comunidade jurídica, de cunho não-político, pelo menos conforme a ficção.” SCHMITT, Carl. *Legalidade e Legitimidade*. Op.Cit., p. 06.

⁹¹ É de lembrar que, ao que nos parece, sequer a decisão de *Carl Schmitt* é uma decisão que ocorre a partir do nada, parecendo que também aí a imanência do pensamento jurídico é assumida em sua inevitabilidade. Concorde com essa inferência *Alexandre Franco de Sá*: “O decisionismo surge assim, no pensamento de Schmitt, não como a afirmação de que a decisão surge a partir do nada, não como a afirmação de que a decisão destrói a mediação como a condição que a possibilidade, mas apenas como a defesa de que a decisão pode ser pensada como se surgisse a partir do nada, ou seja, como a defesa de que a decisão pode ser pensada juridicamente, sendo justificável mesmo sem alusão a uma mediação que a sustente. Por outras palavras: o decisionismo surge como a afirmação de que a decisão pode ser defendida mesmo num horizonte de questionamento puramente imanente, em que o plano da mediação apareça como inteiramente inacessível.” FRANCO DE SÁ, Alexandre. *O poder pelo poder. Ficção e Ordem no*

Se de um lado a dita “polissemia universal” da linguagem e a sua “irredutível indeterminação significativa” se nos impõem de modo infungível, não podemos deixar de salientar que em direito – especificamente no que toca o trabalho do jurista – há uma linguagem canonizada, parametrizada e formalizada que diminui aquela contingência. Desconhecê-lo seria incorrer no erro, ao qual nos parece especialmente afeito os textos da hermenêutica jurídica, de ignorar as especificidades do trabalho do jurista e, por conseguinte, do próprio direito. Embora a interpretação como “experiência hermenêutica de mundo” seja inafastável também na prática jurídica, devendo-se mesmo ser salientado que toda referência interpretativa demanda um momento de tradução e também de compreensão (e poderemos caminhar ao “infinito” que marca a finitude da pré-compreensão), o direito não vagueia à noite como qualquer existência, a ela no todo não se reduzindo. A prática jurídica é bastante delimitada, corre em processo cujos prazos se impõem de forma precisa, em que pese por vezes um tanto flexível, e tem “fim” numa decisão específica: assim se forma sua normatividade própria, porém em aberto, pois, se é verdade que com essa decisão dá-se fim a uma “problemática social”, não é correto inferirmos daí que com isso se dá cabo, igualmente, da “problemática jurídica”⁹².

É de se lembrar, ademais, que a interpretação jurídica – justamente porque é *actus normativo*, isto é, trabalho *decisório-judicativo* – não encontra justificativa na superação de alguma indeterminação significativa, tampouco na explicitação de um sentido jurídico-textual. Ela não tem a sua condição necessária (ou “transcendental”) nem numa hipotética “obscuridade” legal nem na “inevitável distância comunicativa” entre texto e leitor. Isso porque ela não tem fundamento linguístico-hermenêutico, ou meramente exegético, como se poderia fazer crer, mas sim um fundamento normativo: e o que a faz imprescindível, nessa toada, não é tanto sua relação com a linguagem quanto a necessidade de se determinar um *critério jurídico-normativo* no espaço em que se determina o “juízo decisório” que dirime um problema concreto. É, portanto, a

combate de Carl Schmitt em torno do Poder. Lisboa: Centro de filosofia da universidade de Lisboa, 2009, p. 207.

⁹² Nesse sentido, “encontraremos o direito sob um ângulo, um enfoque direccionado em razão de uma prática. Uma prática histórica e circunstancialmente contextualizada, que se revela e se forja, dinamicamente, pelos concretos problemas humanos. É certo, contudo, que não por todo e qualquer problema referente ao homem e sua vida quotidiana. Senão que pelos problemas que apresentam uma específica intencionalidade e que se referem ao constituendo – porque não dogmático e definido – sistema da normatividade jurídica.” MELGARÉ, Plínio Saraiva. *Juridicidade: sua compreensão político-jurídica a partir do pensamento moderno-iluminista*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 149.

referência desse critério ao mérito do problema concreto, no âmbito de uma processualidade, o que fundamentalmente a exige e a constitui, como ensina percebê-lo, sob um olhar metodológico da interpretação jurídica, *Castanheira Neves*⁹³. Para este, embora a “interpretação doutrinal” e a “interpretação jurisdicional” se diferenciem uma da outra, uma vez que cada qual adota uma diferente perspectiva interpretativa, ambas são alocadas naquilo que se toma por interpretação jurídica: não porque uma se deva tomar como “teoria” e a outra como “prática”, pois ambas se apresentam, igualmente, como interpretações problemático-juridicamente práticas, mas, antes, o que as diferenciaria seria o fato de a primeira considerar o “problema concreto” numa perspectiva mais *dogmática*, ao passo que a segunda tenderia a encará-lo na perspectiva do próprio *caso decidendo*⁹⁴. Ainda assim, não obstante trabalhem sob esses prismas diferentes, ambas carregam esse ônus de apreender e extrair da realidade sócio-normativa em que se insiram a criteriologia histórica do direito, formando, cada uma numa dimensão diferente, a *normatividade jurídica*. E porque operam quefazeres semelhantes, no fundamental o mesmo, qual seja a extração da juridicidade, tendo em vista que ambas se dispõem a responder juridicamente problemáticas concretas, a aposta *metodológica* da decisão-judicativa empreende um caminhar mais harmônico, ou minimamente coetâneo.

⁹³ “O que exige e constitui a interpretação jurídica – digamo-lo de outro modo – é a intenção normativo-metodológica que convoca e reelabora um critério normativo pressuposto em ordem a uma específica solução normativa concreta. (...) Pelo que aqui só caberá dizer que não será nem a <<clareza>> – ou a ausência de <<obscuridade>> – das leis, nem a possível apreensão imediata do sentido que textualmente comuniquem que excluirão a interpretação relativamente a essas leis, antes a sua interpretação normativo-jurídica será sempre necessária enquanto momento metodológico-normativo da realização do direito através delas ou por sua mediação: não é a falta de clareza (linguístico-hermenêutico-exegético) das leis que justifica a interpretação, é a problemático-concreta realização normativa do direito que a não pode nunca dispensar.” CASTANHEIRA NEVES, A. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I*. Op.Cit., p. 29. E, na mesma linha, MARTIN KRIELE dirá que não se interpreta o texto jurídico porque queremos simplesmente trazer-lhe uma clareza, mas, antes, “nós temos um texto como não claro, ou ausente de clareza (*unklar*), porque ele nos aparece a necessitar de interpretação”, o que coloca à frente da necessidade de interpretação a sua exigência normativa. Em suas palavras: “Doch ist es irreführend, zu sagen, die Interpretationsbedürftig folge aus der Unklarheit des Textes. Vielmehr liegt es umgekehrt: wir halten den Text für unklar, weil er uns interpretationsbedürftig erscheint.” KRIELE, Martin. *Theorie der Rechtsgewinnung*. Op.Cit., p. 217.

⁹⁴ E assim continua: “São, em último termo, perspectivas que, posto não se distingam essencialmente, vemos determinadas imediatamente por intencionalidades diferentes, mas entre si complementares e mesmo implicantes um da outra. Sendo certo que só na unidade metodológica, em que as suas se assimilam e em que participam as dimensões metodológico-intencionais, de *sistema* [dogmática] e *problema*, temos verdadeiramente a interpretação jurídica em senti próprio, a *interpretação jurisprudencial* – tal como só na convergência das actividades normativo-jurídicas da jurisdição e da doutrina se constitui o direito como *jurisprudência* (*iuris-prudentia*).” CASTANHEIRA NEVES, A. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I*. Op.Cit., pp. 37/38.

De outro lado, ainda que se admita que o direito espraie sua juridicidade por toda a *societas* e que assim ele assenta certo *programa social*, haja visto a sua “função” de regular as ações e os comportamentos individuais e coletivos que compõem a sociabilidade, não se pode negar que ele se dispõe normativamente como *fundamento judicativo* que institui validade num contexto comunitário. Por certo que os destinatários do direito e das normas jurídicas – aqui incluídos desde o legislador face à constituição, passando pelo agente administrativo relativamente à lei e aos regulamentos respectivos, até o próprio cidadão diante do direito como um todo – não estão impedidos de considerar o direito, desde logo, tal qual “regras de significação imediata”, de modo que então adotam-nas de forma “aproblemática” na mesma medida em que funcionalmente as cumprem. Se, porém, determinado comportamento ou ato social ganhe tamanha proporção que suscite alguma controvérsia quanto ao sentido de sua validade jurídica – quer dizer que a validade jurídica do ato é posta em questão –, o sentido da norma posta *a priori* problematiza-se e passa-se a demandar uma sua interpretação⁹⁵. Impõe-se então que se determine o sentido normativo que a norma jurídica deve assumir, mas isso deve ocorrer como que *a posteriori*, diante do “problema decidendo” que a sociabilidade aventou e por si só não resolveu: daí que a interpretação jurídica (e sua *decisão*) seja apreendida sempre como evento problematicamente intencionado, posto não deixar jamais de pressupor uma controvérsia prática para a determinação da validade normativa do direito⁹⁶. Ainda que isso não se confunda necessariamente com uma visão “patológica” do direito, tampouco com uma sua visitação exclusivamente

⁹⁵ Não é tarde para lembrarmos as palavras de *George Cohn* e seu *existencialismo jurídico*: “As mentioned, the distinction between concept and reality implies the concepts are the work of man, are the often more or less obsolete, faded images of past experience, while reality is ultimately unknowable and, in contrast to concepts, can be described only approximately. Reality is always actual, new and unpredictable, concrete and unique, not abstract nor of general validity. Legal reality lives thus in the concrete, singular case, in the legal conflict and its solution.” COHN, George. *Existentialism and legal science*. Trad. George H. Kendal. New York: Oceana Publications, 1967, p. 21.

⁹⁶ Ademais, no que toca ainda aquela *dimensão imperativista* da juridicidade, impõe-se não esquecermos as palavras de *Karl Engisch*: “Se nos é lícito, portanto, afirmar sem receio o carácter primário de imperativos de regras jurídicas essenciais perfeitas (completas), não vamos no entanto esquecer que a vontade imperativista do legislador não é uma vontade desvinculada (incondicionada), um mero arbítrio. Os comandos e proibições do Direito têm as suas raízes nas chamadas *normas de valoração*, e les fundamentam-se – dito de forma mais simples – em valorações, em aprovações e desaprovações. (...) O Direito, enquanto ‘norma determinativa’ (=imperativo) não é de modo algum ‘pensável’ sem o Direito enquanto ‘norma valoradora’ – o Direito como norma valoradora é um necessário pressuposto lógico do Direito como norma determinativa... Pois quem pretende ‘determinar’ alguém a fazer algo tem de previamente conhecer aquilo a que o quer determinar: ele tem de ‘valorar’ aquele algo num determinado sentido positivo. Um *prius* lógico do Direito como norma de determinação é sempre o Direito como norma de valoração, como ‘ordenação objectiva da vida’.” ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Op.Cit., pp. 46/47.

em termos de *conflito*, e se optarmos por operar no espaço dessa “continuidade normativa” – que vai desde aquele *a priori* ao *a posteriori* do vínculo jurídico –, então não será difícil concluirmos que, em verdade, a normatividade propriamente jurídica, bem como o vínculo social do direito se nos mostram nesse trabalho de “conferir sentido normativo” aos problemas que nos surgem como jurídicos ⁹⁷.

Não se deve ignorar que a realização jurídica tem dinâmica própria, com demarcações espaciais e temporais suficientemente precisas, de sorte que não é uma simples “norma de competência” a instância derradeira que abre as portas para a tomada de decisão. Com efeito, há um verdadeiro *território* em que se desenrola, e a passos marcados, essa ocorrência. Ao mesmo tempo em que o *decisium sub iudice* se faz inevitável, pondo-se aí fim às lucubrações que eventualmente o momento hermenêutico engendre, o jurista deve atentar que a decisão judicial não ocorre ao vento, sem quaisquer limites, sendo antes carimbada e formatada em modelos específicos, realizando-se *fragmento por fragmento*, como diz *Emilio Betti*: é aí que se abrem o horizonte para a interpretação jurídica, nem sob um olhar hermenêutico nem de forma cognitivista, tal qual têm pretendido as propostas analíticas. Não se trata, portanto, de um olhar que meramente se proponha a compreender o significado normativo da norma posta, tampouco de querer asserir como devem ser interpretados os estatutos de algum sistema jurídico positivo. Na medida em que se identifica o verdadeiro espaço normativo de atuação da interpretação jurídica, nesse *âmbito* ela poderá ser visitada num sentido amplo e mesmo unitariamente *global*: deve-se lembrar que tradicionalmente, uma vez identificada com o trabalho compreensivo do discurso positivo (em suma, da *lei*), à interpretação jurídica não coubera levar a cabo a *integração de lacunas*, como se lhe faltasse força normativa. Pensada numa metodologia processual que se volta à realização do direito isso se faz impossível, como de resto já se admitia, uma vez que se lhe reconhece também momentos integrativos em sua concorrência prática, tendo se dado o mesmo com a noção de *analogia*. Como que ao lado disso, isto é, com a compreensão de que a interpretação jurídica como *actus* não se deixa medrada pela “autoridade legi-

⁹⁷ Nas palavras de *Castanheira Neves*, na mesma linha: “Significa unicamente que a função de validade própria do direito só pode assumir-se reflectivamente pela mediação de uma controvérsia prática, suscitada por um problema normativo e que haverá de cumprir-se numa intenção judicativa – intenção judicativa de que a interpretação será a própria determinação metodológica do juízo, já que por ela se há-de justamente obter a concreta <<máxima de decisão>> (*a ratio decidendi*).” CASTANHEIRA NEVES, A. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I*. Op.Cit., p. 39.

ferante”⁹⁸, ao mesmo tempo em que se percebia que a “constituenda realização” do direito envolve também em sua metodologia um *continuum constituendo* assistia-se igualmente à exigência de um desenvolvimento autônomo às respostas jurídicas frente às solicitações da vida histórico-social⁹⁹. Isso como que num *sentido horizontal* da referência teórica à interpretação jurídica, a fim de alocar aquele espaço em que ela pode ser escrita metodologicamente, ao passo que também se fará necessária a indagação por seu *sentido vertical*, ou seja, aquilo que de materialmente normativo será por ela trabalhado¹⁰⁰.

c) ***Quanto ao “problema do direito”: cuida-se de problema hermenêutico ou de problema normativo?***

⁹⁸ Não parece inoportuno lembrarmos aqui algumas palavras de *Carl Schmitt* acerca do “Estado Legiferante”: “A congruência preestabelecida e presumida entre Direito e lei, justiça e legalidade, coisa e processo, domina o pensamento jurídico do Estado legiferante nos mínimos detalhes. Somente por meio disso foi possível submeter-se ao domínio da lei em nome da liberdade, eliminar o direito de resistência do catálogo dos direitos de liberdade e conceder à lei uma garantia da independência judiciária, encontrou a legalidade da administração e mais importante proteção contra abusos do poder estatal e disponibilizou ao magistrado, sem objeções, todos os direitos fundamentais garantidos pela Constituição, que passou a ter o direito, por força da “primazia da lei”, de neles interferir em seu arbítrio.” Linha à frente: “Em um ente estatal dessa estirpe, pode-se imaginar e suportar um conceito de lei meramente formal e independente de todo e qualquer conteúdo.” SCHMITT, Carl. *Legalidade e Legitimidade*. Op.Cit., p. 20.

⁹⁹ “Compreende-se assim que se fale ainda de interpretação global para dar expressão conceitual à totalidade da mediação normativa exigida pela realização do direito e ao seu *continuum* constitutivo. E então haverá decerto de concluir-se que, neste sentido, <<interpretação como averiguação de sentido ‘secundum legem’, não é separável do desenvolvimento do direito (*Rechtsforbildung*). Assim como é neste sentido global que se poderá dizer, com Betti, que a tarefa da interpretação jurídica <<não é simplesmente a de conhecer uma objectivação do pensamento, que esteja fechada em si>>, mas a de <<obter critérios normativos para um comportamento prático e para a sua decisão>>, ou seja, a interpretação jurídica significa a obtenção do direito <<concreto>> com fundamento numa certa ordem normativo de direito – com fundamento nas normas, princípios e valores que refira e em que se objective essa ordem, e na normativa unidade intencional que a constitua.” Ibidem., p.42.

¹⁰⁰ É importante salientar que quando se aventa aqui essa dimensão metodológica, que de modo algum se confunde com “metódica” ou simplesmente “método”, está-se a referir que a realização do direito ocorre em espaços específicos, e, por isso, pode ser direcionada num ou noutro sentido. Sua decisão não ocorre *ex nihilo*, ou a partir do nada; um *pensamento jurídico* lhe é, sempre, imanente. Como dito, há sempre prazos e espaços processuais bastante precisos, além de tal decisão ter de ser levada a cabo por escrito, devendo aí a escrita jurídica se dar de acordo com referências canonizadas, sem que possamos deixar de lembrar que tal escrita tem momentos específicos, sendo a fundamentação momento infungível de qualquer pretensão de juridicidade séria na atualidade. Ademais, tal dimensão metodológica participa da ocorrência jurídica desde sempre, quando se percebe a presença constante do pensamento jurídico junto à decisão. Em sentido semelhante, *Eduardo Bittar* não deixa de concordar: “Na objetividade com a qual se inscreve o discurso decisório, interpretativo e aplicativo, diluem-se os elementos que condicionam e condicionaram o agente decisório na cunhagem do juízo. Em sua aparência puramente formal, de ato aplicativo de um procedimento, em verdade, é também um fato social e sócio-jurídico. essa decisão é mais que ato formal, pois é capaz de *re-orientar* entendimentos, redimensionar estruturas de sentido solidificadas, entre outros efeitos *metaprocessuais*. Nenhuma decisão provém *ex nihilo*, ou muito menos se direciona *ex nihilo*.” BITTAR, Eduardo. *Linguagem jurídica*. Op.Cit., p. 152.

Não é exagero inferir que a história do *pensamento jurídico* é, afinal, o constructo (em contínua *reescrita*) de um olhar hermenêutico, e, no que nos toca mais imediatamente, sua prática realização tende à edificação de uma normatividade cujo cariz interpretativo já desde as escolas medievais não se ousa negar: fala-se nas escolas medievais, de modo um tanto indiscriminado, por terem elas assentado de modo definitivo a implacável dimensão hermenêutica da juridicidade, frente à exigência de se compreender os textos clássicos do direito. Se, assumida como *actus*, podemos individualizar no panorama atual das reflexões jurídicas uma *hermenêutica compreensiva* e uma *hermenêutica analítica*, cada qual com suas especificidades, igualmente possível é acertarmos que, nessa toada, a ocorrência jurídica – embora dependente de um momento interpretativo – não se confunde com uma nem com outra ¹⁰¹. Quaisquer que sejam os inegáveis méritos da “compreensão hermenêutica do direito” – e impõe lembrarmos, desde logo, a diferenciação entre “texto” e “normatividade”, bem como entre *ius* e *lex*, levadas à fundamentação exhaustiva –, certo é que no feitiço “problemático-judicativo” a que estamos a nos referir, forçoso é negar que o *problema jurídico* se reduza ou se supere por um trabalho de hermenêutica determinação significativa. Da mesma forma, é necessário frisar que quando aventamos aqui a dimensão metodológica da juridicidade – a qual se apresenta como que imanente à realização do direito, uma vez que se confunde com a constância referência do pensamento jurídico –, tal reflexão não deve, pois sequer haveria frutos, repetir as regras da “hermenêutica geral”, de modo que a interpretação jurídica (como *actus normativo*, repita-se) não se vê esclarecida em sua essência, tampouco no *modus* como deve apreender a busca de seus critérios decisoriais ¹⁰². Não sendo sequer no plano proposto de uma reflexão *ontoló-*

¹⁰¹ Sobre essa temática e suas implicações para a teoria e, portanto, a prática do direito, conferir: ULRICH, Schroth. *Hermenêutica filosófica e jurídica*. In. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. HASSEMER, W. e KAUFMANN, A. (Org.'s). Trad. Marcos Keel. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, pp. 381/408.

¹⁰² O esclarecimento dessa dita *essência da ocorrência jurídica* de modo algum pode se confundir com a assim chamada “autêntica descoberta” de REINACH, no âmbito da fenomenologia jurídica, que, por essencialista, enceta um discurso como este: “A lógica formal, apta apenas para fundamentar os juízos analíticos, só vale para o discurso do direito (ou sobre o direito). Mas é à lógica transcendental que cabe apreender a natureza essencial ou o *eidos* do direito; ela mostra que nele existe uma relação fundamental e insuprimível, portanto essencial, entre as condições formais a priori do pensamento do direito e as determinações que lhe fornece uma ordem jurídica positiva. Portanto, parece realmente que o direito positivo tem vocação para traduzir o direito *a priori* por proposições normativas que são, nas leis e códigos, ao mesmo tempo instrumentos para julgar e prescrições por realizar.” GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. Op.Cit., p. 285.

gica – como hermenêutica geral – o método uma questão por ela assumida, antes soando mais importante assentar um distanciamento, quando o pensamento hermenêutico, e principalmente hermenêutico-filosófico, se voltam ao direito não fazem senão deixar em aberto a problemática específica de sua interpretação.

Deveras, não é um “problema de compreensão” ou de uma investigação de sentidos ontológicos (significantes incrustados na *coisa*) aquilo que importa à interpretação jurídica empreender – como momento de uma ocorrência prática –, mas a estabilização (em que pese provisória) de uma “normatividade concreta”, quer dizer, uma normatividade marcada por um problema concreto: nesse âmbito, não é de uma querela interpretativa do que estamos a tratar com o pensamento jurídico, antes, isso sim, de um *problema normativo*. Uma vez que atualmente a hermenêutica deixa de se enleiar qual mera “arte de interpretação de textos” – *ars interpretandi; ars intelligendi* – e assume-se em direta referência ontológica à existência humana como tal, isto é, uma vez que se assume como “filosofia primeira” que se volta ao finito e histórico do “mundo” existencial, ela abre mão dos empenhos metodológicos que tradicionalmente marcaram seus esforços. De qualquer maneira, fato é que frente a isso a especificidade da juridicidade parece restar ignorada, o que se evidencia com a postulação hermenêutica do direito: na medida em que a hermenêutica ganha essa nova propulsão existencial, deve-se ter em mente que ela está a negar uma anterior “pulsão ao método”, à visão metódica das coisas, e isso principalmente no que toca as problemáticas inerentes à *leitura de textos*, bem como de sua “interpretação” e “tradução”¹⁰³. É nessa dimensão que as apostas metodológicas serão banidas das novas empreitadas hermenêuticas, ou seja, no plano da interpretação textual, como bem o mostrou *Gadamer*. Acontece que o direito não se reduz a um trabalho de “compreensão de textos”, ainda que contingente-mente lhe ocorra embrenhar-se em tais empresas, fazendo-o mais em razão da necessidade histórica do que por uma transcendência própria. Não se deixa, com isso, de reconhecer que a filosofia hermenêutica em sua compreensão do direito define um hori-

¹⁰³ Vale lembrar, como o faz o professor *Ivan Guérios Curi*, que: “O problema do direito é, pois, como se viu, normativo e não hermenêutico, entendida a hermenêutica, se esclarecedora for ainda qualquer conceituação, como o compreender-interpretar, no caso do direito, uma norma, por exemplo, em determinado momento. É normativo porque implica em decisão acerca de um caso concreto problemático ou que esteja a suscitar uma qualquer problemática, relevante ao próprio direito. O círculo hermenêutico não toma lugar, porque sua perspectiva é a de uma circular compreensão ou interpretação, mas não de uma judicativa e concreta decisão, de um círculo metodológico, que se consubstancia em um processo metodologicamente normativo, por meio da interpretação jurídica. só que esta destinada à resolução de problemas distintos.” GUÉRIOS CURI, Ivan. *Virada de Copérnico*. Op.Cit., p. 848.

zonte de inteligibilidade da juridicidade que, embora não suscite imediatamente a canonicidade de uma metodologia própria à realização do direito, por certo não deixa de ter relevância nessa mesma instância. E especialmente porque traz a nu uma série de antigos “postulados místicos” do pensamento jurídico, mormente aqueles que se desenrolam em torno dos *métodos interpretativos*, até então aceites como verdadeiros cânones da prática jurídica: com efeito, as mais coevas pesquisas hermenêuticas não deixam de explicitar as ditas “condições de possibilidade” da realização interpretativa do direito, evidenciando assim os seus ditos *momentos hermenêuticos*, o que por si só é um grande passo para longe das tradicionais visões da prática jurídica, embora por certo não seja suficiente ¹⁰⁴.

Admitir que junto à decisão jurídica encontra-se, daquela forma imemorial e imanente, também um *pensamento jurídico* não se confunde em asserir, de forma simplista, que à prática jurídica concorre a “interpretação do direito-objeto”, como se este se mantivesse à margem da ocorrência em questão ¹⁰⁵. É por isso que não se faz possível concordar com o seu enfronhamento hermenêutico: em verdade, e talvez esse seja o maior entrave à atuação prática da hermenêutica jurídica – tanto a mais tradicional quanto as mais coevas –, uma vez que se postula a necessidade de uma interpretação do direito para que a sua realização concreta se dê modo mais coetâneo, está-se, ainda que implicitamente, aceitando a compreensão do direito como *direito-objeto*. Embora

¹⁰⁴ Como sentenciar *Castanheira Neves*: “O certo é, porém, que apesar de tudo isto se terá de manter a pergunta de há pouco, pois o reconhecimento de que estes momentos hermenêuticos concorrem na realização do direito deixa por resolver a problemático-metodologicamente decisiva questão de saber se a interpretação jurídica, que essa realização convoca, se esgota numa hermenêutica compreensão dos textos (dos textos normas) jurídicos em que se objectiva o direito vigente ou se não implica, bem diferentemente, um normativo <<encontrar direito>> (*Rechtsfindung*) em concreto – ou seja, se não é ela uma interpretação normativamente constitutiva de um direito que antes dela e sem ela não existia como tal. Pelo que reconhecer à realização do direito, com a interpretação implicada, uma *dimensão* hermenêutica (uma intencionalidade compreensiva, que não explicativa ou tecnológica) não é o mesmo que afirmá-la um *acto* hermenêutico (um acto estritamente hermenêutico na sua específica índole problemática e no seu compromisso metódico).” CASTANHEIRA NEVES, A. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I*. Op.Cit., p. 52.

¹⁰⁵ Não parece exagero dizer que, tal qual o normativismo empenha ao direito, também aqui, ao optar-se por um direito-objeto de cores duras e bem conhecidas (o tradicional “preto no branco” dos códigos jurídicos), fecha-se os olhos para as cores mais dissonantes (e por certo mais relevantes) da realidade concreta, aquelas que proveem do caso *sub judice*: “In this method, the concrete situation has significance only as far as it supplies the facts which the law connects with its prescript. In their special, individual particularity however the facts are ignored. Only those elements which had been selected by the rule, the ‘legally relevant facts’ are considered and these must be extracted as cleanly as possible and prepared so that they will fit into the Procrustes bed of the rule by adding something here or cutting off something there in order to make them palatable to the law and easily digestible. They must be rendered colourless, abstract and general to fit into the colourless, abstract and general system of the norms.” COHN, George. *Existentialism and legal science*. Op.Cit., p. 25.

tenha conquistado outras dimensões, como dissemos, chegando mesmo a se confundir com a *pré-compreensão* que marca o devir do assim chamado *Dasein*, isso não é suficiente para limpar do plano do pensamento jurídico a compreensão subterrânea de que o direito é, ainda aqui, um objeto posto à interpretação: seja numa visão tradicional e, por conseguinte, estritamente metódica, seja num feitio mais existencial, como se pretende com a hermenêutica filosófica, essa marca parece não ser superada. Também aí encontramos reforçada aquela diferenciação, no todo sem explicação, que vislumbra que o direito é uma coisa e o pensamento jurídico – já não mais alçado à condição astronômica de uma verdadeira ciência, mas compreendido e pré-compreendido como *filosofia primeira* –, outra. Não há outra explicação senão essa para as incontáveis tentativas, e aí não apenas as hermenêuticas, de encastelar a reflexão e a prática jurídicas a partir de enredos externos à juridicidade, como que a tentar uma sua categorização teórica.

Não se nega certa dimensão hermenêutica à ocorrência jurídica, bem como sua intencionalidade compreensiva por certo que crítica frente às visões meramente explicativas ou hoje tecnológicas, mas daí não pode decorrer uma sua assunção – com a subsunção do direito – como *ato hermenêutico*, isto é, como operação tão só e estritamente hermenêutica e em sua índole problemática. Já de início, e sempre, impõe-se ao pensamento jurídico assegurar aquela sua *pulsão à autonomia reflexiva*, de modo a referir uma metodologia – ou mesmo uma problemática – que fuja às amarras de cânones estrangeiros. Acolher a premissa de que direito e filosofia se tocam de forma inafastável, o que se costuma fazer no intento de retirar a juridicidade do total enquadramento cientificista ou mesmo analítico, não tem de redundar num seu novo enquadramento, agora nos moldes de uma filosofia específica. O que a hermenêutica ao pensamento jurídico ensina – e o faz ricamente – é que a abertura que marca a ferro a existência do *Dasein*, no âmbito jurídico (e, portanto, no *jurista*) firma-se igualmente: com isso, desloca-se, de fato, a discussão da interpretação jurídica de um plano estritamente positivista, no sentido mais metódico, para abarcar-se a realidade normativa do direito como fenômeno de enraizamento cultural. Daí, porém, a inferir-se que uma determinada filosofia poderá resolver os problemas ou as opções metodológicas e reflexivas do pensamento jurídico é um salto que não queremos dar, mas que tampouco *Hans-Georg*

Gadamer – portentoso bastião da filosofia hermenêutica contemporânea – pretendeu improvisar¹⁰⁶.

Em direito, ponto de partida para o estudo que se volte à apreensão de sua ocorrência como devir autônomo é asserir que, não obstante haja continuidades entre as normatividades que compõem o pensamento humano e social, há também descon continuidades, o que de pronto deve nos ensinar que as eventuais “concordâncias fenomênicas” não se confundem com *analogias* absolutas. O estudo contextual das ciências, e, por conseguinte, os agenciamentos teóricos, não se veem com isso por completo negados, antes o contrário. Conquanto o objetivo do jurista tenha de ser – tal qual um fado – continuamente resgatar a juridicidade em seu trabalho, negar-lhe paragens noutros ambientes teóricos seria, no mínimo, ignorar que, mesmo o homem por vezes não querendo, as assim chamadas “conexões ocultas” – parafraseando *Fritjof Capra* – faz com que tudo se comunique: e se é o “devir” da ocorrência jurídica o que por ora nos toca apreender e compreender, para tanto imprescindível se faz, por certo, que consigamos olhar para os lados e aos demais movimentos teóricos que em devir próprio aí se nos apresentam (atingindo também a normatividade jurídica), e isso sobretudo porque, como sói a esta altura categoricamente enjeitarmos, esse *devir jurídico* não difere da própria extração concreta que lhe empenhe o pensamento jurídico. Silenciar tal extração nos moldes e estilos a ele estranhos, tal qual se dá com o brocardo hermenêutico do direito, parece, porém, ir de encontro a isso, e de fato condena o devir do qual ora queremos curar às pressões e ao sabor de um pensamento que em verdade não é o pensamento jurídico¹⁰⁷. Não é por outro motivo que não podemos concordar com a visão

¹⁰⁶ Essa passagem apreze merecer transcrição tanto no original quanto em nossa *língua pátria*, e para tanto pedimos licença ao leitor: “Das die juristische Hermeneutik in den Problemzusammenhang einer allgemeinen Hermeneutik gehört, ist keineswegs selbstverständlich. (...) Ihre Aufgabe ist nicht, geltende Rechtssätze zu verstehen, sondern Recht finden.” “A afirmação de que a hermenêutica jurídica pertence ao nexo de problemas de uma hermenêutica geral não é evidente por si. (...) Ela trata propriamente trata de um princípio jurídico subsidiário. Sua tarefa não é compreender enunciados jurídicos vigentes, mas encontrar o direito.” Não podemos, porém, deixar de frisar, também aqui, que, embora essa passagem esclareça a diferença do trabalho jurídico frente ao trabalho simplesmente hermenêutico, aquela visão objetivista – com um *subterrâneo normativismo* – fica evidente com a continuação desse mesmo texto, senão vejamos: “(...) isto é, interpretar as leis de tal modo que a ordem do direito impregne toda a realidade.” GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica e Historicismo*. In. *Verdade e Método II*. Trad. Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Editora Vozes. 2004, p. 464.

¹⁰⁷ “Pois que a intenção hermenêutica e a função normativa não são, nem intencionalmente idênticas, nem metodologicamente coextensivas – com corresponder essencialmente à primeira, digamo-lo de novo, uma natureza cognitiva (a compreensão-determinação de significações objectivadas ou de objectivações significantes) e essencialmente à segunda uma natureza judicativo-decisória (a decisão de problemas práticos mediante juízos normativos irreduzíveis ao conhecimento hermenêutico dos pressu-

segundo a qual haveria uma “concordância” fundamental entre os cânones que caracterizam a “hermenêutica moderna” e aqueles que demarcam a ocorrência jurídica ou o momento interpretativo que a orienta: se assim fosse, teríamos então de concluir que, da mesma forma como à hermenêutica cuida ser a “doutrina da correta interpretação de textos”, ou seja, de *obras do espírito* que se fixam em linguagem comunicacional alguma mensagem – tendo aí relevo os trabalhos filológicos e as leituras bíblicas –, também ao direito e nomeadamente à interpretação jurídica caberia fixar o conteúdo significativo das *regras jurídicas* (como produtos do espírito) impressas em textos legais¹⁰⁸. Também a jurisprudência seria, afinal, uma “ciência interpretativa”, espécie de apêndice do objeto referenciado – ou simples boca da mensagem propriamente sublime –, fazendo então parte do grande *círculo* que compõem as “ciências hermenêuticas”¹⁰⁹.

O *objetivo* e da mesma forma o problema da ocorrência jurídica não os encontramos hoje no singelo esforço de compreensão de algum direito-*objeto* pressuposto – em textos que demandem qualquer enfrentamento hermenêutico –, o que por certo facilitaria nossas pesquisas, mas antes na própria *prática* de elaboração e constituição contínua de critérios normativos para a solução de problemas ou casos jurídicos¹¹⁰: é

postos critérios que invoquem). E que a interpretação jurídica não tem uma índole hermenêutica (ou que se não cumpre *cognitivamente* numa pura hermenêutica), mas antes normativa (ou que a sua intencionalidade problemática e metodológica é *decisoriamente* prático-normativa) é o que teremos de concluir.” CASTANHEIRA NEVES, A. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I*. Op.Cit., p. 63.

¹⁰⁸ “Como qualquer interpretação, também a jurídica parte, primeiramente, do sentido literal do texto. Ele é revelado com ajuda do uso comum do idioma e da linguagem técnica dos juristas, como eles se apresentaram no surgimento da lei. Esta interpretação, que tende a operar com significados literais como grandezas constantes, é o método mais antigo da jurisprudência. Quando em algum lugar vale a frase: No início era o verbo.” COING, Helmut. *Elementos fundamentais da filosofia do direito*. Trad. Elisete Antniuk. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 331. E isso não obstante *Coing* diferencie o trabalho jurídico em relação à filologia, uma vez que a ciência jurídica seria – diferente das ciências sociais aplicadas que estudam o fenômeno social a partir de suas *causas* – uma ciência humana prática, voltada à extração de uma ordem justa em dada sociedade.

¹⁰⁹ É no que aposta – na esteira do hermeneuta *Schleiermacher* – o jurista *Helmut Coing*, que enuncia: “O objetivo da interpretação jurídica é entender os princípios jurídicos apresentados no seu significado como princípios da ordem jurídica, portanto, da ordem justa e apropriada da convivência humana. O objetivo do entendimento da interpretação é o mesmo de qualquer forma de interpretação; a peculiaridade está em que, os princípios apresentados devem ser entendidos como *princípios de ordem*. (...) A idéia objetiva também é requisito da interpretação jurídica. pode-se dizer que ela tem, na jurisprudência, um valor bem especial; a “deturpação do texto”, a interpretação segundo interesses subjetivos das partes, é justamente conhecida como uma das violações mais graves da ética profissional do jurista, como forma de procedimento que caracteriza o jurista medíocre, mau, subornável.” COING, Helmut. *Elementos fundamentais da filosofia do direito*. Ibidem., p. 330.

¹¹⁰ Não podemos deixar de transcrever aqui uma passagem de *Friedrich Müller*: “Mas é também uma ficção a convicção de ter firma controle sobre as questões práticas detalhadas da concretização jurídica com ajuda da idéia genérica de “dialética”. De qualquer modo, é preciso reter que o método relativamente compreendido deve ser adequado ao seu objeto; que, portanto, é mister extrair consequências,

aqui que se estabelece uma continuidade normativa efetivamente jurídica e que, com a salvaguarda do pensamento jurídico, também uma autonomia se faz possível ofertar. De sorte que, ao invés de simples objeto, o direito se mostra ele mesmo tal qual o objetivo e a tarefa que o labor da interpretação jurídica se propõe a realizar em concreto, posto que somente na continuidade das soluções daqueles problemas emerge propriamente o direito e se constrói, de modo incessante e como que em aberto, a *normatividade jurídica*: nesse sentido, mais do objeto, o direito se nos apresenta como *problema* a resolver ¹¹¹. Não se trata com isso de assistirmos a uma juridicidade que se nos impõe como *factum* ou algum dado heteronomamente constituído e objetivado, antes do que se trata é de percebê-lo (perceber o direito) *in faciendum*, isto é, no movimento próprio e específico da assunção do objetivo a se construir e reconstruir em sua própria problemática realização. Uma vez que em direito não há normatividade *a priori*, sua ocorrência longe está de se confundir com uma “correta” ou uma “reta” compreensão textual, não obstante demande-se que o jurista bem compreenda o ambiente social e normativo em que se situa o direito, estando mais disposto às mãos daqueles que com ela trabalham no dia-a-dia ¹¹². Modificar ou transformar a paisagem jurídica demanda instrumental prático para operações quase que manuais, como se afinal o jurista fosse o

referentes ao método e à teoria da norma, das compreensões da natureza do direito, que superaram o positivismo nos seus fundamentos. Com isso também não se pode mais continuar tratando como canônico os cânones da interpretação do direito, *herdados da tradição*. MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito I*. Trad. Peter Neumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Editora RT, 2008, p. 50.

¹¹¹ É o que *Castanheira Neves* não nos deixa perder de vista; em suas palavras: “Nestes termos e para a interpretação jurídica, o direito não é *objecto* a conhecer, e sim *problema* a resolver. É que nessa interpretação não se trata tão só de aprender *ab extra*, num modo compreensivo ou numa redução significativamente explicitante, algo objectivo-culturalmente acabado (um em si culturalmente heterônomo: um pensamento pensado, uma prescrição prescrita), que como tal ou na sua objectiva autonomia se haja simplesmente de compreender e determinar segundo um específico princípios de *objectividade* – não é outra a atitude metódica da hermenêutica, que encontra expressão metodológica já na história (na ciência da história), quando dirigida às objectivações culturais em geral, já particularmente na determinação filológico-histórica, quando dirigida a culturais objectivações textuais, e que a interpretação jurídica repetiu, e exactamente no modo filológico-histórico, enquanto se manteve também no objectivo da positiva compreensão de textos.” CASTANHEIRA NEVES, A. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I*. Op.Cit., p. 64.

¹¹² Assumi-lo é, ademais, lançar a ocorrência jurídica à sorte e ao risco que o pensamento jurídico lhe disponha, como que a fazer o pensamento jurídico correr e assumir os seus próprios riscos, como *vítima de suas próprias profecias*, parafraseando *Jean Baudrillard*: “Existe espaço para um outro tipo de pensamento? Um outro pensamento – um pensamento paradoxal que, numa inversão das palavras de Marx, proporia somente problemas insolúveis, definitivamente insolúveis? As condições materiais para a solução de tais problemas não se encontram em lugar nenhum e jamais serão encontradas. Existe lugar para um tipo de pensamento que, em vez disso, reproblematicizaria todas as velhas soluções e ajudaria a manter o mundo numa tensão enigmática? Não se pode afirmar com certeza. Este pode ser o risco que o pensamento precisa correr: ele precisa correr o risco de se tornar uma vítima de suas próprias profecias, da mesma forma como a História corre o risco de ser capturada em sua própria armadilha.” BAUDRILLARD, Jean. *A ilusão vital*. Trad. Luciano Trigo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001, p. 64.

próprio paisagista da juridicidade, esculpindo-a em sua normatividade a partir do próprio material que lhe chega às mãos, acontece que em sua prática ele acaba por criar material novo (inérito) até então inexistente de maneira objetiva.

O *modo constitutivo* da ocorrência jurídica, a convocar uma interpretação de *índole normativa*, não se diluía – indiferenciadamente – na atualização histórica e no desenvolvimento (também normativos, por certo) que a hermenêutica viabiliza ao reconhecer a miríade de situações concretas que apostam no direito, sempre a demandar atenção à noção de pré-compreensão. Em que pese seja indiscutível a sua relevância no que toca a “crítica ao positivismo jurídico” e ao legalismo – bem como ao formalismo exegetico e analítico –, não deixa ela também de prosseguir na mesma “corrente”, o que fica claro a sua vinculação à pressuposição textual da juridicidade. Mesmo que aposte num discurso de reconstituição contínua e recompreensão histórica do direito, este último continua a ser assimilado no formato de um sistema *pré-objetivado*, sendo virtualmente definido nessa objetividade. Ao que parece, a perspectiva hermenêutica não se permite operar tudo aquilo que os seus pressupostos filosóficos permitiriam, uma vez que ao final, após longas lucubrações acerca do *Dasein* e das estruturas ontológicas da pré-compreensão, prende-se a “formas representativas” clássicas do fenômeno jurídico: se, com efeito, seu veio mais crítico permite caminharmos ao largo daquele formalismo exegetico, com o que permite ir além do “tradicional positivismo ontológico”, epistemologicamente ela permanece agarrada a uma concepção normativista de direito. Com efeito, não é suficiente reconhecermos que à ocorrência concreta do direito concorrem momentos de uma *transpositividade* pré-compreensiva ao lado da referência objetiva das normas postas, o que por certo sempre esteve presente nas constatações do pensamento jurídico. Não basta coligirmos quanto ao relevo da referência dialética à “coisa direito” (*die Sache Recht*) por meio da hermenêutica para a boa compreensão dos textos jurídicos, embora lembrando haver entre norma positiva e extrapositiva dependências recíprocas, se ao final nossa intenção se reduz a “bem compreender um texto” ¹¹³.

¹¹³ Não é sem sentido, a esta altura, lembrarmos as palavras de Simone Goyard-Fabre, quando se refere às pretensões da *fenomenologia jurídica*: “É uma *estrutura do pensamento* e, por ser *essencialmente necessário*, tampouco pode ser confundido com o direito positivo que, por sua vez, não existe sem contingência nem sem a arbitrariedade de qualquer decisionismo. O direito *a priori* pode ser dito, utilizando uma expressão de Merleau-Ponty, “mais velho que a inteligência”, “mais velho” por conseguinte que todas as construções intelectuais que ele torna possíveis: é, portanto, anterior ao direito positivo e mais profundo que ele. O direito positivo pode então ser dito *secundum legem*, designando a pala-

Aquilo que tradicionalmente conhecemos por *norma* e que teve sua existência alçada à condição de direito-*objeto* não admite outra leitura – e impõe-se que isso fique bem assentado – senão aquela que lhe apreende como um *projeto* de direito, cuja normatividade, se de fato exige uma leitura hermenêutica, se nos apresenta vazia quando perspectivada de modo aproblemático ¹¹⁴. O direito somente ganha status de um *direito real* em contato com a realidade, isto é, em sua realização concreta como problema jurídico, no ato criador que o realiza: somente frente a um problema concreto é possível ao jurista perquirir a realização jurídica e operar a busca por critérios que desempenhem na prática a normatividade do pensamento jurídico. Com isso não se está a negar a “valor dogmático” que se confere àquela *norma* – e estamos a tratar da norma jurídica enquanto norma legal dos sistemas político constitucionais de legislação –, de modo que também ela acaba é considerada no âmbito da realização concreta do direito, embora nisso não vá desde logo explicitado o *modus* metodologicamente normativo com que ela será assimilada. Por certo que não será ela simplesmente reproduzida (como critério jurídico) nos casos concretos por meio de aplicação dedutiva, haja visto não existir subsunção na ocorrência jurídica, sempre se prestando o pensamento jurídico a alguma mediação constitutiva ¹¹⁵. De qualquer maneira, em que pese a dita “norma de direito” não seja aqui necessariamente ignorada, podendo mesmo vir a compor a *normatividade jurídica*, uma vez que infirma uma intenção axiológico-normativa também relevante aos deslindes da juridicidade, paralelamente a isso não se poderá negar a possibilidade da *decisium contra legen*. A normatividade jurídica ultrapassa em sua intencionalidade ultrapassa as positivities que a ela tencionam historicamente, bem

vra lex nessa expressão o direito *a priori* enquanto lei do espírito que assume uma função transcendental. Eis por que as noções jurídicas, como os juízos sintéticos *a priori* cujo lugar por excelência situa na matemática, são ao mesmo tempo *sintético* e *a priori*.” GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. Op.Cit., p. 285.

¹¹⁴ “In Wahrheit läßt sich der Text nicht interpretieren, wenn man ihn nicht zu (wirklichen oder erdachten) konkreten Rechtsproblemen in Beziehung setzt; ihn gewissermaßen als ein Mittel behandelt, das konkrete Rechtsproblem zu lösen.” (...) “Ohne Bezug auf ein konkretes Problem kann zwar der Text nicht richtig interpretiert werden.” KRIELE, Martin. *Theorie der Rechtsgewinnung*. Op.Cit., p. 160.

¹¹⁵ Como diz *Emilio Betti*: “Desse modo, uma vez rejeitadas tanto a visão mecânica quanto a visão psicologista do iter genético da decisão, será útil observar que o processo lógico da individualização do preceito jurídico articula-se numa série de juízos concernentes seja aos fatos relevantes na causa, seja à apreciação e à qualificação jurídica que deles se deve fazer, seja à interpretação das normas jurídicas, cuja aplicação se discute. Na demonstração da parte, esses juízos se apresentam como afirmações de fato e de direito, que, enquanto contestadas pelo adversário ou suscetíveis em si de controvérsia ou dúvida, tornam-se questões. Estas se somam na razão que a parte faz valer e que, combatida pelo adversário, dá lugar àquele típico conflito de apreciações do *quid iuris*, comandadas por interesses opostos, que é a lide.” BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. Op.Cit., p. 326.

como no espaço dos problemas que se lhe apresentam, para uma continuidade que sobrepuja quaisquer descontinuidades.

De tal modo que – no horizonte dessa *ocorrência* – a interpretação jurídica que assume a tarefa de uma realização crítica (e, portanto, autônoma) da juridicidade é constitutiva do direito não apenas com a mediação concretizadora entre norma e caso, mas igualmente, e sobretudo, de uma normatividade que se institucionaliza transpositivamente como espécie de “doutrina básica”. Além de constituir normativamente um problema concreto, faz o mesmo no que toca os *fundamentos normativos* do direito, em *concretum*: assim, ainda quando a realização jurídica tenha por critério alguma “norma posta” – ou qualquer outra positividade histórica –, sua abstração não permite que se lhe assuma senão como eixo de um processo metodológico um tanto mais complexo (porque concreto), só então se constituindo verdadeiramente como norma jurídica. Em razão disso, quando se aventa a inevitabilidade de algum *decisium contra legem*, tem-se em mente, em verdade, a lei sem eu sentido tradicional, posto que poderíamos – nesta toada – avançar e coligir finalmente que a *lei como direito* não se forma senão nesse movimento da ocorrência jurídica ¹¹⁶: porque o vínculo jurídico somente se forma com o enquadramento momentâneo de um caso concreto, não é difícil inferirmos que a lei (como *vínculo jurídico*) aí está a ganhar a corpo, e não antes, naquelas eventuais e contingentes positivities. Esse caráter constitutivo da interpretação jurídica, porque normativa, supera as possibilidades metódicas de uma hermenêutica em sentido estrito, da mesma forma que a supera em sua versão filosófica. Contrariamente ao que diz *Gadamer*, entretanto, não é a interpretação jurídica que serve como “paradigma” para se compreender o “fenômeno hermenêutico”, como se aquela fosse parte desta, mas o contrário: o direito não ocorre no âmbito da fenomenologia hermenêutica – como filosofia primeira –; é a hermenêutica que, numa escala igualmente finita e existencial, é assimilada como momento (em *ato*) no movimento próprio da realização jurídica ¹¹⁷.

¹¹⁶ E isso porque não podemos, aqui, discordar de *Gustav Radbruch*: “Os legisladores não são os autores da lei; a vontade do legislador não é a vontade coletiva dos participantes do processo legislativo, mas, ao contrário, a vontade do Estado. O Estado, todavia, não se pronuncia pelas manifestações pessoais dos participantes na produção da lei, mas tão somente pela própria lei.” RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Trad. Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 163.

¹¹⁷ Nas palavras do próprio *Hans-George Gadamer*: “Um positivismo legal que quisesse reduzir toda a realidade jurídica ao direito positivo e a sua aplicação correta dificilmente encontraria hoje alguém que o adotasse. A distância existente entre a generalidade da lei e a situação jurídica concreta, no

A *índole normativa* da interpretação jurídica e seu muito particular modo constitutivo da juridicidade não admitem que se infira ser o seu *objeto* aquela norma posta, sendo ele identificado, isso sim, com o *problema sub judice*. Tampouco parece correto dizer que o direito, além de regras, é marcado por ser princípio, especialmente se esse último for compreendido – como o faz o dito *pós-positivismo* – como norma: sobretudo porque o direito como prática assume uma dimensão axiológica, empreender que os princípios normativos se dispõem como norma, com a intenção então de alçá-los à condição de componentes da juridicidade, não difere em muito da corriqueira apreensão do direito como elemento dado à interpretação. O “objeto problemático” do pensamento jurídico não é a norma como constructo e cultural e objetivação de uma decisão política, daí decorrendo as problemáticas de significação textual já aludidas, mas o próprio *caso decidendo*, isto é, o problema concreto que provoca um trabalho de produção normativa que o deslinde ¹¹⁸. Não se trata, por conseguinte, de um quefazer de cultural compreensão de uma norma dada, posto que a normatividade jurídica não vai previamente objetivada, mas extraída judicativamente nos moldes de um problema histórico, especificando-se mais como um enraizamento concreto do que cultural: tudo a nos confirmar, mais uma vez, que no âmbito da decisão jurídica não se está a operar a aplicação de um texto, antes, genuinamente, trata-se mesmo é de uma decisão *concreto-material* ¹¹⁹.

caso particular, é insuperável por essência. (...) É interessante observar nessa questão que a tarefa hermenêutica de criar uma ponte, superando a distância entre a lei e o caso particular, dá-se mesmo quando nenhuma mudança das relações sociais ou outras modificações históricas da realidade permitem que o direito vigente se mostre ultrapassado e inadequado. A distância entre a lei e o caso particular parece simplesmente insuperável. Nessa perspectiva, o problema hermenêutico pode ser absolvido de levar e consideração a dimensão histórica. Aquilo que deixa espaço de jogo para a concreção tampouco é uma simples e inevitável imperfeição no processo de execução da codificação jurídica, de tal modo que se poderia rebaixar idealmente esse espaço para todo e qualquer critério de medida. Parece, ao contrário, que esse modo de ser “elástico” que abre o espaço de jogo baseia-se no sentido da própria regulamentação legal e no sentido de toda ordenação jurídica em geral.” GADAMER, Hans-George. *Verdade e Método*. Op.Cit., pp. 645/466.

¹¹⁸ Como bem notou Martin Kriele, no início está o caso concreto, o problema, não um texto: “Das, was gewöhnlich als “Auslegung” des Grandgesetzes bezeichnet, ist nu rein Ausschnitt aus dem gesamten Denkvorgang, der zur Rechtsgewinnung im Verfassungsrecht nötig ist. Am Anfang steht der (wirkliche oder erdachte) Fall und nicht der Text. Das ist zwar eine trivial Wahrheit, die jedem Juristen selbstverständlich ist, sobald er sich auf eine tägliche Praxis besinnt. Es ist aber unumgänglich, sie gegenüber einer Theorie zur Geltung zu bringen, die sie verloren und sich damit schon im Ansatz von der Wirklichkeit entfernt hat. So mancher Interpretations theorie liegt folgende orstellung zu Grunde: Der Interpret lese eine Gesetzestext, bemerke, daß dieser mehrdeutig und lückenhaft sei, stele die Frage, wie er richtig zu verstehen sei und kläre diese Frage durch Interpretation.” KRIELE, Martin. *Theorie der Rechtsgewinnung*. Op.Cit., p. 159.

¹¹⁹ Não é por outro motivo que a aposta metodológica de Castanheira Neves chame atenção para o *prius normativo* do caso concreto: “Ou seja, o que se pretende não é compreender-conhecer a norma

Não se está com isso a dizer que em razão do *prius metodológico* do problema-caso concreto frente à constituição da normatividade jurídica desemboca-se numa espécie de “relação normativa” que vai “do caso à norma”, como se fosse suficiente apreendermos as idiossincrasias do caso – conhecê-lo em sua totalidade – para compreendermos a norma. A isso já chamou atenção as pulsões da pesquisa hermenêutica: não estamos a inferir que a interpretação jurídica deva caminhar do concreto ao abstrato – do caso à norma –, mas que ela se dá, desde sempre, no concreto, isto é, todo o movimento se dá no plano horizontal do problema decidendo daí decorrendo a normatividade jurídica. O enfronhamento metodológico dessa ocorrência irá prescrever a construção da normatividade jurídica, de modo que a “norma jurídica” surja – *a posteriori* – não da compreensão objetiva referida a partir do caso concreto, senão que na própria mirada do problema: em suma, a “norma jurídica” não será visitada depois de percebido o caso, como se só assim ela pudesse ser bem compreendida; ela será construída no próprio processo que a apreenda, nos moldes de uma tomada de decisão¹²⁰. Daí que esse “enfronhamento da ocorrência jurídica” refira ou mesmo exija a assunção de sua índole *praxística* pelo próprio pensamento jurídico, que então abandona aquela visão de um labor distanciado e frio – que em verdade não toca o direito – para se dispor como *doutrina de um agir válido*, bem como de um válido decidir. Não é sem sentido, portanto, que se tenha conferido ao pensamento jurídico o status de verdadeira “ciência da decisão”, uma vez que o seu trabalho, mais do que empreender um conhecimento teórico do direito-objeto, caracteriza-se pela contínua consideração prática de

em si, posto que sob o estímulo hermenêutico de um certo caso que se ofereça como a <<situação histórica>> de compreensão da norma, e sim obter da norma ou através dela o critério exigido pela problemática e adequada decisão judicativa do caso: o caso não é apenas a condição histórico-situacional da compreensão da norma, o facto situacionalmente hermenêutico dessa compreensão, mas a própria determinante problemática da intenção interpretativa. O que significa, evidentemente, que é o caso, e não a norma, o *prius* problemático-intencional e metódico – não se intenciona o problema interpretativo, nem se parte metodicamente nele da norma para o caso (em ordem de uma <<aplicação>> da norma que a sua prévia e abstracta interpretação possibilitasse), mas do caso para a norma (mediante a interrogação do critério normativo adequado que a norma possa oferecer para o caso.” CASTANHEIRA NEVES, A. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I*. Op.Cit., p. 80/81.

¹²⁰ De modo aproximado à concepção que aqui estamos inferindo de juridicidade, bem como de “ciência jurídica”, é interessante atentarmos às seguintes palavras de *Friedrich Müller*, principalmente porque evidencia a superação da tradicional dicotomia entre *ser* e *dever-ser*: “O reencaminhamento da pergunta à teoria da norma, aos fundamentos de uma concretização de direito instituído, não se concebe como tentativa adicional de mediação entre *dever ser* e *ser*, mas como enfoque indagativo que não admite tais abstrações. Se o problema genérico da teoria do direito, o de direito e realidade, norma e fato é tratado aqui como o problema de estrutura da norma e normatividade, ele não se vê apenas deslocado em termos de linguagem, mas defrontado no tocante à matéria como novas tarefas. Com a teoria da norma não é separada do “*ser*”, mas tratada como aspecto autônomo no direito e na ciência jurídica.” MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito I*. Op.Cit., p. 44.

decisões frente a problemas concretos e a necessidade de um critério jurídico: seja esse problema uma “ficção do real”, seja ele um concreto problema posto *sub judice*, o pensamento jurídico conquista sua vocação propriamente *jurisprudencial* com o tratamento continuado que dispense aos problemas jurídicos ¹²¹.

Mais do que uma “teoria prática” o pensamento jurídico assemelha-se de fato a essa espécie de ciência da decisão, vindo às claras assim sua como que estrutura judicativa, o que, se o normativismo não soube perceber, também a hermenêutica ignora, colocando tal dimensão “entre parênteses”: na origem da intencionalidade jurídica, no entanto, é um problema que se coloca como instância propulsora dos estudos jurídicos, demandando deste a modulação de *decisões judicativas*. A normatividade jurídica não topa em suas positividades históricas e nas objetivações culturais que se lhe empenhem limites assim tão cerrados que, em sua densidade, por ventura pudessem fechar uma síntese da dialética jurídica, aparentando mais com a qualidade de uma normatividade concretamente sempre constituenda e realizanda. O que é verdadeiramente essencial no problema e respectivo compromisso normativo impostos pela e para a juridicidade não o encontramos tanto na *compreensão* desses critérios positivos quanto no *cumprimento* (e assunção crítica) – embora em alguma medida convoque esses mesmos critérios – da função prática do direito, ou seja, no enfrentamento do *novum* problemático. Em última análise, isso não difere de dizermos simplesmente que o centro das reflexões jurídicas está, desde sempre, nas interrogações não respondidas, advindas por cer-

¹²¹ “Podendo, no entanto, já aqui antecipar-se um argumento decisivo: o direito postula uma *ordem justa* da sociedade e não tão só uma *organização eficaz* da mesma sociedade; tem a ver constitutivamente com as categorias de *sentido* (sentido axiologicamente cultural), de *validade* e de *fundamento*, não com as categorias apenas de *factualidade*, de *eficácia* e de *efeitos*, pelo que as soluções jurídicas não admitem um *contrôle* reduzido à falsificação pelos *efeitos* (como propende a aceitar a perspectiva de <<ciência social>>), exigem um *contrôle* problemático-dialéctico argumentativo pelos *fundamentos*. À *falsificação* (ou verificação) opõem a *fundamentação* (ou justificação), não sendo por isso as suas <<expectativas normativa>> convertíveis em <<expectativas cognitivas>> – para usarmos as expressões de Luhmann – e, como tais, susceptíveis de uma crítica e superação tão só contrafactual; o seu sistema não pode ser induzido através de uma construção puramente racional para uma estratégica programação ao *nível da possibilidade*, haverá de ser um sistema de pressuposição axiológico-significante de realização histórico-problemática e dialéctica ao *nível da validade*.” CASTANHEIRA NEVES, A. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I*. Op.Cit., p. 84. E num sentido semelhante: “De modo que o sentido último da validade provém de uma herança cultural-histórica que integra (co-constitui) a própria natureza do homem: não tendo o homem uma natureza fixa e não sendo ele um ser cuja acção seja predeterminada, como nos animais, por um equipamento instintivo inato, ele vê-se na contingência de ter que decidir e na necessidade de ter que *justificar* as suas decisões. Como a sua história integra a sua própria natureza, como a questão de “saber quem é o reenvia sempre para a sua história e também para o seu futuro” (KARL RAHNER), tal justificação só pode ele colhê-la nessa mesma história, nos sentidos ou valores “culturais” que ao longo dela vão sendo “adquiridos”.” BAPTISTA MACHADO, João. *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*. Op.Cit., p. 254.

to dos casos concretos, e que fazem movimentar o pensamento jurídico. Daí que os critérios jurídicos pressupostos (as “normas postas”) não sejam propriamente a solução dos problemas jurídicos, como se poderia fazer crer num olhar sistêmico do campo jurídico, senão que são eles propriamente “critérios de solução”¹²²: o que prevalecerá, todavia, quando da necessidade da decisão, é o *ato judicium* que cria a norma concreta e, por conseguinte, realiza a normatividade jurídica. De sorte que, digamos mais uma vez, não é o conhecimento do direito como um objeto dado por si só – *em-si* –, mas antes a formação de um “juízo crítico” seguido da respectiva fundamentação o que o pensamento jurídico tem em vista, uma vez que a “busca da verdade” da assim chamada “ciência jurídica” não confunde com a justaposição do “conhecimento” por sobre o “objeto”, mas se representa na *extração concreta* daquela normatividade¹²³.

Tanto em sua abertura ao caso *sub judice* e sua tarefa constitutiva quanto em suas intenções normativas, as problemáticas inerentes à obrigatoriedade da tomada de decisão jurídica não se permitem abarcadas nem na intencionalidade nem nas possibilidades da hermenêutica compreensão do direito. O esquema de apreensão e de realização da ocorrência jurídica não se opera com a referência entre “objeto e método”, como sói admitir se pensa ainda hoje, mas entre “assunção-de-tarefa e método”, como esclareceu *Josef Esser* e mais tarde *Castanheira Neves* também não deixou de perceber, devendo perceber que a normatividade jurídica, em sua essência, encontra-se no próprio *labor jurídico*¹²⁴. Alocar as questões de metodologia jurídica no âmbito de um

¹²² Daí que em parte tenhamos de discordar de *Baptista Machado*, quando diz: “Os enunciados ou textos legais, porque se integram num todo ou universo de sentido, porque as suas referências a factos da vida representam já “respostas” a problemas postos à luz daquela unidade de ordem e porque tais respostas reflectem uma concepção de Direito e de Justiça e, portanto, são já “interpretações” autorizadas dessa concepção – têm como referente principal outro que não os factos da vida a que tais textos directamente se reportam.” BAPTISTA MACHADO, João. *Introdução ao Direito e ao discurso Legitimador*. Op.Cit., p. 208.

¹²³ Com isso, o problema do direito em realização escapa aos enlaces da epistemologia e das querelas lógicas, na mesma medida em que não se permite esquadrihada pelo olhar apenas hermenêutico do pesquisador. Como ensina perceber *Josef Esser*: “Der Jurist begreift den vergegebenen Text weder in seiner historischen Relevanz noch soziologisch als Produkt bestimmter Kräfte, er interessiert ihn nicht als Meinungszeugnis, sonder als ein für seine Entscheidung sinnvolles Weisungsmuster. Er Will nichts anderes, als den Text daraufhin verstehen, ob er anhand seiner ratio seine “befriedigende” Entscheidung fallen kann oder nicht. In diesem Sinne ist der Anwendungsakt von der Verständnismöglichkeit abhängig und die Verständnismöglichkeit von der Anwendungsvorstellung.” ESSER, Josef. *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*. Op.Cit., p. 139.

¹²⁴ “Dabei is doch schon das Aufzeigen und Erfassen eines “Rechtsproblems” das Ergebnis eines Urteilsvorgangs außerhalb des positive Rechts, einer Beurteilung, die wir nicht vom Schema “Gagansstand und Methode” her in den Blickpunkt bekommen können, sondern nur vom Schema “Aufgabenstellung und Methode”. Eben die Fizierung unserer Methodenlehre auf die Anwendungsfragen eines vergegebenen Normensystems steht dieser Erkenntnis im Wege und läßt die Analyse des Entscheidungsvor-

sistema pré-figurado de premissas da ação, tal qual se fosse possível dizer que o direito se espelha em normas gerais de conduta, equivale a deformar tanto a fenomenologia própria da decisão jurídica quanto a tarefa ou o labor do juiz que a desenrola no caso *sub judice*, com o que se deixa de compreender não apenas com se dá esse labor prático, como também os espaços em que se impõe pensar uma *metodologia jurídica*. Não se deve perder de vista, nessa toada, que é nessa dimensão da ocorrência jurídica que se poderá arrazoar também em termos *axiológicos*, estando aí mesmo a “axiologia do direito enquanto tal”: a concepção de juridicidade que estamos aqui a propugnar ostenta, com efeito, que a “obtenção do direito” (*Rechtsbildung*) – como contínua extração da juridicidade – aproxima-se mais das discussões normativas entorno do *justo jurídico* do que propriamente das pretensões cognitivas ¹²⁵. O pensamento jurídico não se movimenta tal qual o trabalho de conhecimento das coisas e dos objetos jurídicos – ele não é ato de ciência –, ele é verdadeira prática, *ato de jurisprudência*. A realização do direito não pressupõe uma “norma aplicável”, e tampouco a hipótese um “direito já realizado” a ser mediado hermeneuticamente, mas igualmente a interpretação jurídica não o pressupõe, uma vez que é ela esse *ato* de determinação do critério normativo-jurídico para a elaboração de uma judicativa decisão concreta: daí, por fim, que o repetido adágio *in claris non fit interpretatio, interpretatio cessat in claris* ¹²⁶ – cujo objeti-

gangs und die Richters hierbei verzerrt erscheinen.” ESSER, Josef. *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*. Op.Cit., p. 82.

¹²⁵ No mesmo sentido: “E se a interpretação jurídica concorre para essa realização, então que isto dizer que também não é cognitiva ou teoreticamente, mas antes normativa e praticamente que essa interpretação se deve intencionalmente compreender e metodicamente definir, de modo que a <<boa>> ou válida interpretação não será aquela que numa intenção da *verdade* (de cognitiva *objetividade*) se proponha a exegética explicitação ou a compreensiva determinação da significação dos textos-normas como objecto, mas aquela que numa intenção de *justiça* (de prática *justeza* normativa) vise obter do direito positivo ou da global normatividade jurídica as soluções judicativo-decisórias que melhor realizem o sentido axiológico fundamentante que deve ser assumido pelo próprio direito, em todos os seus níveis e em todos os seus momentos.” E páginas à frente, sentencia: “Pelo que, numa palavra de síntese e de simplificação, o problema da interpretação jurídica não está em saber o que textual-significativamente consta, p. ex., da lei, ou como esta em termos puramente hermenêuticos se deva determinar, mas em saber de que modo prático-normativamente se deve assimilar o seu sentido normativo-jurídico para que possa ser critério também normativo-juridicamente adequado de uma <<justa>> (prático-normativamente plausível) decisão do problema jurídico concreto. O que na interpretação jurídica está em causa não é a determinação hermenêutico-significativa de um texto (ainda que texto de normativa autoridade), mas a prático-normativa obtenção, no contexto global da ordem jurídica vigente e a partir do seu <<direito positivo>>, de uma norma – de um critério normativo para as judicativas decisões concretas.” CASTANHEIRA NEVES, A. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I*. Op.Cit., pp. 103 e 105.

¹²⁶ Assim se exprimiram os juristas medievais e do “direito comum”, os quais, embora a prática do *pensamento jurídico* se colocasse à distância dos modelos de interpretação dos testamentos, como que teriam se inspirado em *Paulus: Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio* (D. 32, 25, 1). Nesse sentido, conferir: DE CASTRO, Federico. *Derecho Civil de España*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1952-1955.

vo estaria no combater um suposto “arbítrio judicial” – não faça sequer sentido quando bem se compreende em que medida se dá a ocorrência jurídica.

d) As investidas da linguística analítica na ocorrência jurídica e a linguagem do direito.

Da mesma forma que a interpretação jurídica não pode ser vislumbrada por meio de uma arquitetura estritamente hermenêutica, sob pena de se perder com isso a *índole normativa* que a conduz, bem como sua *dimensão metodológica* – dimensão essa que, como vimos, compõe a normatividade jurídica –, o mesmo se terá de dizer quanto às atuais pretensões de uma “instrução analítica” de sua ocorrência prática. As orientações analíticas que não raro vemos participar da discursividade do pensamento jurídico, com inferências tanto em sentido epistemológico quanto metódico, em verdade o que fazem é radicalizar espécie de “reconstrução do normativismo lógico”: embora abandonem aquela intenção exasperada na teoria pura do direito de uma fundamentação transcendental do seu objeto de estudo, de modo que se voltam antes à própria “prática do direito”, com a utilização de uma específica *filosofia da linguagem* – aquela de caráter lógico-linguístico – volta-se aí a uma visão da interpretação jurídica como exegese analítica de determinação semântica de normas abstratas. Caracterizada por esse fechamento teórico e normativo da juridicidade, recusa-se por completo o trabalho de reflexão hermenêutica, tanto em sua versão metódica quanto filosófica, repetindo, porém, o mesmo vício de aplicar no âmbito de trabalho do pensamento jurídico estruturas e correntes reflexivas a ele externas: como veremos, também a perspectiva de um *pensamento jurídico analítico* opera a subsunção do fenômeno jurídico sob um olhar filosófico que não tem origem nas problemáticas próprias ao campo jurídico; é de se anotar, ainda, que, mais uma vez repetindo a dedução hermenêutica, temos aqui uma compreensão filosófica que dilui o devir social, e, por conseguinte, o devir jurídico, linguisticamente – e numa perspectiva muito específica de linguagem. E, assim como essa filosofia mais ampla em suas diversas projeções encontra núcleo teórico numa *analítica linguística*, igualmente o pensamento jurídico e a ciência jurídica serão por essa via guiados, sendo assumidos como instâncias de “análise da linguagem”.

Reconduzida a interpretação jurídica a uma analítica da *linguagem jurídica*, isto é, jurídico-legislativa, sua dimensão constitutiva e normativa da juridicidade perde espaço para uma normatividade que, verdade seja dita, vem acabada e prescrita no âmbito do “direito positivo”, restando ao jurista o operar uma espécie de “analítico-abstrata determinação semântica” dessa mesma linguagem. Acontece que, nos termos que vimos frisando, a *linguagem do direito* não se permite delimitada em “cominações legiferantes”, ainda que por vezes esta lhe envie critérios passíveis de serem adotados nas decisões judiciais, importando ao pensamento jurídico mais uma *intenção pragmática* do que propriamente semântica. Embora direito e linguagem se toquem de modo inafastável, os problemas daquele não são, como já o dissemos, facilmente representados linguisticamente (em termos linguísticos), mas antes normativamente: não se trata, em direito, tão só de superarmos um “abismo lógico-linguístico” entre as ditas “expressões legais” – então vistas como manifestação da linguagem jurídica – e os “fatos extralinguísticos”, ainda que não se negue com o olhar analítico haver aí, no momento da “aplicação do direito”, alguma reelaboração das “premissas legais” e uma respectiva integração do conteúdo normativo dado previamente. Não é por outro motivo que, diferentemente do que vemos ocorrer com a “apreensão hermenêutica” da juridicidade, analiticamente “interpretação” e “aplicação” são andamentos no todo diferenciáveis, diferenciando-se, ainda, um terceiro momento de “integração”, de modo a se culminar numa aplicação estritamente “lógico-dedutiva” do direito. Isso porque, em verdade, o que temos como pano e fundo desse olhar analítico, envolvendo o seu modelo de fundamentação de decisões judiciais, mas também a proposta de racionalidade aí inserta é o postulado da vinculação à num Estado-de-Direito democrático. Ainda que o pensamento jurídico-analítico não repita o erro do normativismo mais legalista de pressupor um “sistema fechado” a partir do qual se faria possível a inferência de premissas apenas legais na tomada de decisão – o que não ocorre em razão da necessidade de se superar linguisticamente aquele abismo –, dele compartilha o entendimento exegético de interpretação e subsuntivo de aplicação. Daí não soar precipitado pronunciar que estamos diante de um pensamento jurídico que intenta uma reabilitação do *modus dedutivo* de fundamentar o direito: “a poder assim dizer-se que estamos perante a continuação do positivismo lógico-normativístico-legalista por outros meios –, com tudo o que ela

implica de recusa do que até agora tínhamos compreendido da interpretação jurídica.”

127

Em linhas gerais, o pensamento jurídico analítico ou mesmo uma “teoria analítica do direito” (como “*analytical jurisprudence*”) pressupõe o direito tal qual um sistema de regras da realidade empírico-social – senão mesmo como o direito positivo vigente de uma dada comunidade política – a ganhar objetividade numa linguagem, a qual deverá ser considerada por meio de um tratamento epistemológico e metodológico de caráter empírico-analítico, ou seja, *ausente de valorações*. Suscitar uma tal inflexão da juridicidade redonda numa compreensão reduzida do próprio pensamento jurídico, e, por conseguinte, do *labor jurídico*: como se novamente ganhasse vez aquela diferenciação entre *Rechtsnorm und Rechtssatz*, as proposições do pensamento jurídico passam a lidar apenas com “*fatos e lógica*”, de sorte a se nos mostrar aqui, de modo não tão subterrânea como o vemos no discurso hermenêutico, aquela implicação de um direito como *objeto* suscetível de descrição e explicação distanciada. À base de um pressuposto cultural pontual, qual seja aquele propiciado pelo assim chamado *Linguistic Turn*¹²⁸, o direito vai caracterizado em sua intencionalidade como linguagem, ao passo que o pensamento jurídico, num resgate dicotômico da juridicidade, assume-se exclusivamente como *análise de linguagem*. Em suma, o labor do jurista ganha uma mobilização estritamente instrumental – um trabalho de cunhas *instrumentarium* linguístico – frente aos problemas linguístico (a superação daquele abismo) que lhe são referidos. O direito se torna linguagem na medida em que, sob a astúcia dessa filosofia analítica, o “objeto” só o é enquanto tal se nós tivermos em nossa linguagem (ou nosso

¹²⁷ E assim continua Castanheira Neves: “Reabilitação que tem um dos seus pontos nucleares exactamente na interpretação analítico-semântica, e que afinal significa simultaneamente a reabilitação, agora numa reconstrução metódica de tipo analítico-linguístico, da interpretação jurídica de índole lógico-filológica própria do positivismo exegético-legalista e do seu normativismo lógico-formal, que se supunha definitivamente superados. É, pois, esta restauração, nesta sua versão analítico-linguística, da tradicional interpretação exegético-legalista.” CASTANHEIRA NEVES, A. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I*. Op.Cit., p. 113.

¹²⁸ Embora não seja necessário discordarmos quanto à *centralidade da linguagem* no âmbito dos fenômenos de normatividade social, dentre eles o direito, não temos de concordar com essa muito específica perspectiva das coisas, qual seja a visão linguístico-analítica. É possível inferirmos que o vínculo primeiro entre homem e mundo se dá pela linguagem, sem que tenhamos de nos filiar à filosofia analítica da linguagem. De qualquer maneira, sobre essa temática, não é sem sentido conferir o que nos diz Karl-Otto Apel: “Na primeira metade do século XX, o quadro já se mostrava bastante diferente. Ao menos no espaço de influência anglo-saxão do assim chamado “positivismo lógico” pode-se constatar nos dias de hoje, *de facto* e de maneira inexplicada, a transição da epistemologia para a análise linguística. Temas como “*meaning and truth*”, “*meaning and verification*” ou “*language, truth and logic*” são, por excelência, característicos para a atividade anglo-saxã.” APEL, Karl-Otto. *Transformação da filosofia I. filosofia analítica, semiótica, hermenêutica*. São Paulo: Edições Loyola, 2000, pp. 164/165.

vocabulário) uma palavra que o defina, ou seja, que o faça vir à tona, assim como se diz que “ter um conceito é empregar uma palavra”: com isso, como que se substitui o *quid* pelo *quidmodo*, isto é, a essência pela sua significação. Com efeito, vai aí subentendido que a “linguagem”, até então referenciada teoricamente como *meio* de acesso à coisa – tanto num viés ontológico quanto epistemológico –, assume-se ela mesma como o tema central, como o “fenômeno em-si”: parafraseando *Heidegger* de forma um tanto indiscriminada, dá-se como se a linguagem fosse a própria *clareira* que ilumina e joga luz por sobre a “fenomenologia”, clareira essa que, uma vez isenta de luz, nada mais veríamos senão “entificações apressadas”. Não se trata, com essa reviravolta, de nos perguntarmos quanto ao “o que é” determinado objeto e tampouco quanto ao “como” o conhecemos, bastando-nos perceber que dele estamos a *falar*¹²⁹: como se a linguagem passasse a ter com isso, e de repente, uma “dimensão primeira” constitutivo-significante, deixando ela de ser percebida numa índole estritamente gramatical, para ganhar voz em acepção propriamente linguística.

Isso tudo não pode ser confundido com o tradicional racionalismo, no todo tributário da especificação da relação *sujeito-objeto*, inaugurando antes espécie de “novo racionalismo”, este já de cunho linguístico-analítico que se fecha nos limites traçados com a esteira do imanentismo da linguagem: não é sem sentido lembrarmos aqui o adágio de *Wittgenstein*, segundo o qual “*os limites da minha linguagem significam os limites do meu mundo*”. De modo que, com esses novos esquemas, não se está

¹²⁹ Sobre essa temática, conferir RORTY, Richard. *A filosofia e o espelho da natureza*. Trad. Jorge Pires. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1988, livro em que, á página 226, lê-se: “Deveríamos suspeitar da noção de um choque entre uma velha – intencionalista – e uma nova, <<causal>> (ou, de modo mais geral, não-intencionalista e portanto <<realista>>) teorias da referência. O choque é produzido pela equivocidade de <<referir>>. O termo pode significar (a) uma relação factual mantida entre uma expressão e qualquer outra porção da realidade que ninguém sabe se se mantém ou não, ou (b) uma relação puramente <<intencional>> que se pode manter entre uma expressão e um objeto não-existente. Chame-mos a uma <<referência>> e à outra <<falar de>>. Não nos podemos *referir* a Sherlock Holmes, mas podemos *falar dele* (...). <<Falar de>> abrange tanto as ficções como as realidades, e é inútil para fins realistas.” Mais à frente, á página 229: “Penso, portanto, que a busca de uma teoria da referência representa uma confusão entre a desesperada busca semântica de uma teoria geral daquilo de que as pessoas <falam realmente>> e a igualmente desesperada busca <epistemológica>> de uma maneira de refutar os cépticos e subscrever a nossa pretensão em estarmos a falar de não-ficções.” Sobre essa mesma temática, conferir o *Teoria da interpretação*, de *Paul Ricoeur*, em que se poderá ler: “O “fazer” do dizer pode comparar-se ao pólo acontecimento na dialéctica do evento e da significação. Mas este “fazer” segue também regras semânticas que são exibidas pela estrutura da frase: o verbo deve ser o da primeira pessoa do indicativo. Aqui também uma “gramática” específica suporta a força performativa do discurso. Os performativos são apenas casos particulares de uma característica geral exibida por toda a classe de actos da linguagem, quer sejam ordens, desejos, perguntas, advertências ou asserções. Todas elas, além de dizerem algo (o acto locucionário), fazem algo ao dizer (o acto ilocucionário) e produzem efeitos por o dizerem (o acto perlocucionário).” RICOEUR, Paul. *Teoria da interpretação. O discurso e o excesso de significação*. Trad. Artur Morão. Lisboa: Biblioteca de filosofia contemporânea 1976, p. 26.

com a filosofia analítica a lançar mão da “lógica” de modo a nela se acorrentar, antes ocorrendo uma sua liberação frente a essa possível identificação a partir dos trilhos que a linguagem abre, com o que fará sentido que não temos aqui um monismo cientista, mas o reconhecimento de variadas modalidades linguísticas e funções da linguagem. Culmina-se, ainda assim, no reconhecimento da função constitutiva (dita *performativa* ou *ilocucionária*) e na assunção do pressuposto de que com a linguagem, mais do que somente dizer, *fazem-se* as coisas. Acontece que, se não foi possível aceitarmos o direito tão só como objeto, tampouco poderemos aqui concordar que ele seja mera linguagem – e isso não obstante possamos concordar, sim, com o entendimento que a linguagem em alguma medida ultrapassa e põe (sempre novamente e de forma renovada) o objeto –, como se fosse suficiente inferirmos não simplesmente um direito-*objeto*, mas um direito-*linguagem*. Na mesma toada, concluir que o pensamento jurídico labora como apreensão analítica e exaustiva de qualquer linguagem histórica, positivada como objeto-linguagem, não dá conta da realidade da ocorrência jurídica. Não se deve perder de vista, ainda assim, que com essa renovação do arsenal reflexivo mais do que abrir a filosofia analítica por meio de um pensamento prático transita da “exclusividade da razão teórica” para assentar a precedência da “transcendental-constitutiva razão prática”: perceba-se que assim se dá porque, como dito acima, com a perspectiva que aqui estamos aventando, a linguagem mais do que dizer *faz* ¹³⁰.

Não se está, portanto, a ignorar o *pluralismo linguístico* que vai aí implícito, mormente em razão dessa dimensão ilocucionária da linguagem, embora se perceba que os “atos da linguagem” pressupõem um sistema institucinoal constitutivo, sem o qual tais atos simplesmente não teriam sentido. Presume-se espécie de “sistema de regras constitutivas” que, por si só, são já “instituições” para os quais os atos de linguagem são meros “fatos institucionais”, lembrando-nos que o *sentido* propriamente referido não se dispõe senão por uma *mediação concreta* em razão de um contexto intersubjetivo que se remete ao dito “sistema institucional”, como que a aproximar a analítica de alguns pressupostos hermenêuticos, como ensina percebê-lo *Castanheira Neves* ¹³¹. Se de modo geral, e porque afinal essa filosofia da linguagem não rejeita aquela

¹³⁰ Conferir: ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica. a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2005, pp. 76 e seguintes.

¹³¹ “O que se traduz numa inegável aproximação hermenêutica, desta linha de pensamento analítico-linguístico, porquanto a significação revela-se afinal uma determinação intersubjetiva e institucio-

dimensão pragmática – que de início se negaria, na medida em que se voltaria à determinação estritamente semântica da linguagem e aqui se resgata com a dimensão discursiva da intersubjetividade –, o olhar analítico como que se aproxima da abertura hermenêutica, de modo específico no direito o mesmo acaba por ocorrer: esboçada essa propulsão linguístico-analítico, nos termos aqui trabalhados, por sobre o pensamento jurídico, teríamos aqui a confirmação de um pensamento prático e de condição hermenêutica, ao passo que o direito se nos apresentaria naquele formato de fato institucional¹³². Toda essa abertura hermenêutica e cultural derruba, porém, a proposta por assim dizer “propriamente analítica” desse pensamento analítico, uma vez que este se pretende sim *analítico* e calcado numa *radical objetividade* (de modo a culminar, sim, no tradicional esquema noético sujeito-objeto), *teórica neutralidade* (porque exclui aquelas aberturas) e da *pura racionalidade* (sem aquela humana do retórico argumentativo).

Não é nossa intenção esquadrihar aos mínimos detalhes a empreitada de um pensamento jurídico analítico, cujo labor, embora pretensamente orientado nos moldes dos três postulados referidos, abre-se afinal à experiência hermenêutica. De qualquer maneira, os termos teóricos em que se estabelece como proposta à ocorrência jurídica, trazendo a pressuposição objetiva com a qual não podemos coadunar, sobretudo quando se volta à interpretação jurídica postula espécie de “platonismo de regras”: quer dizer, as prescrições jurídicas se mostram como entidades com um “em-si” de significação (como autossignificantes) e ainda determinam previamente quanto à sua própria aplicação. Esgotar-se-ia o trabalho da interpretação jurídica com a apreensão objetiva dessa significação, sem qualquer espécie de extração pelo próprio pensamento jurídico, como condição suficiente à aplicação dedutiva do direito. Com efeito, é evidente que a

nal-contextualmente comunicativa (portanto, numa relação não já de sujeito-objeto, mas de sujeito-sujeito), que nessa sua comunicativa intencionalidade é constitutivo-compreensiva do próprio sentido.” CASTANHEIRA NEVES, A. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I*. Op.Cit., p. 129.

¹³² “O que projectado no pensamento jurídico também analítico o confirmaria igualmente na sua compreensão em geral como pensamento prático (não teórico-analítico), de condição hermenêutica (não empírico-objectivo) e de *modus* retórico-argumentativo (não racionalístico-sistemático). Além de que admitira ainda particulares especificações, quer numa concepção institucional do direito – o direito também como <<facto institucional>> - quer em certas consequências dogmáticas – p. ex., no entendimento performativo do contrato, da propriedade, do direito criminal e das instituições jurídicas em geral –, quer, e seria o mais relevante, a recompreensão da interpretação jurídica, não já no sentido semântico (semântico-sintáctico) e <<assertório>> que o pensamento jurídico analítico propõe, mas segundo uma perspectiva pragmática que não pode deixar de imputar um sentido performativo e prático.” Ibidem, p. 130.

ocorrência jurídica em sua concreta realização demanda algo mais do que uma simples análise da linguagem, posto que o direito não se permite compreendido como pura idealidade prescriptivo-proposicional cuja manifestação subsistiria numa intencionalidade linguística e sistemática. A proposta que o pensamento jurídico pretenda erigir para a realização concreta da juridicidade não pode, por certo, abrir mão de um momento descritivo de sua própria realidade, isto é, para que se firma de modo coetâneo faz-se mesmo imprescindível que se conheça a paisagem jurídica. Tomá-lo por “objeto” ou “sistema linguístico” não difere muito de dizer que o direito que importa compreendermos é o *direito positivo*, legitimamente posto pelo poder estatal e a mediar finalidades e programas gerais de teor estritamente político. Perceba-se que a perspectiva de um pensamento jurídico que labora a normatividade jurídica de forma analítico-linguística representa – também ele – um enredo metodológico da ocorrência do direito, que, todavia, abandona o seu *prius* no momento abstrato da norma-prescrição.

Interpretar juridicamente não se confunde com um trabalho de determinação semântica, assemelhando-se antes a uma *resposta normativa* à pergunta que se dinamiza no caso ou na problemática de ausência (embora momentânea) de normatividade, requerendo-se então um *critério para a ação*, este a emergir em função pragmática àquela problematicidade. Essa pragmática não decorre de uma sistemática prévia ou de algum suposto “ordenamento jurídico” imposto global e abstratamente, decorrendo antes da própria condição situacional da vivência jurídica. Nessa medida, impossível deixar de concordar que o direito é fenômeno hermeneuticamente aberto – convivendo numa espécie de “*open textur*”, para lembrarmos Hart¹³³ – que não admite leituras truncadas ou em sentidos únicos e fixos, até porque sentido propriamente dito quicá ele sequer tenha, senão aqueles que se lhe venha a conferir caso a caso.

Esse incessante movimento de *imputações de sentido normativo*, as quais devem galgar a dimensão da validade nas referências sensíveis às respectivas situações problemáticas – “*caso a caso*” –, por certo que jamais poderiam ser atingidas ou obtidas por meio de um olhar estritamente analítico, sobretudo porque são problemas concretos. É nessa medida que a pragmática jurídica merece uma leitura ou uma *apreenção horizontal*, uma vez que não é uma aplicação vertical de uma específica filosofia por sobre a juridicidade que a enlaçará em definitivo. Como vimos, também o pensa-

¹³³ HART, Herbert. *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

mento jurídico analítico, e da mesma forma os mais hermenêuticos e fenomenológicos, não abre mão, em alguma medida, desse recorte prático do tratamento dispensado à juridicidade, mas – e é aí que está o problema – ambiciona enfronhá-la “a partir de fora”, naquele sentido vertical e não horizontal: como se o seu enfrentamento com o problema do direito fosse antes o de uma perspectiva externa e não interna à juridicidade; como se estivesse a encará-lo de longe, “a partir de fora” de sua ocorrência, ao passo que por certo mais adequado seria percebê-la em sua *dinâmica interna*: cuida-se, na verdade, de um pensamento jurídico que teoriza idealmente e que acaba por descuidar do *direito como ele é*. Fato é que, em última análise, o que se ambiciona, com a injunção de uma axiomático-dogmática que compreende sentidos semânticos, é categorizar uma prática que, no entanto, é aberta e mutável, no todo imersa na *temporalidade*, pouco aceitando – senão que no plano teorético – um encadeamento numa subsistente idealidade¹³⁴. De outro lado, não há se falar em sistema ou ordenamento jurídico, ao menos não seriamente, uma vez que aí não vigem tais espécimes, mesmo quando nos voltamos à hiper-produção legiferante, vez que então o que encontramos mais se aproxima de um *desordenamento jurídico*, bagunça essa que um pensamento jurídico que tencione analiticamente seus estudos sobre o direito não tem condão de sistematizar. Considerada a relação entre esse suposto “sistema” e a realidade histórica que sem cessar o perfilha, não nos vem aos olhos estruturas densas e significações impassíveis, mas uma mera tentativa de *dialética* que, todavia, se atualiza sempre anacronicamente: perceba-se que se trata de “relação” entre uma “idealidade autodefinida” inevitavelmente finita e temporal, de um lado, e uma realidade fluida, pluridimensional e em contínua novidade, de outro, de modo que é inevitável observarmos aí uma “irreduzível assimetria”¹³⁵.

¹³⁴ Como disseram as já notórias palavras de *Pascal*: “Quase não existe justo ou injusto cuja particularidade não se altere com a mudança de clima. Três graus de latitude distanciados do pólo revolucionam toda a jurisprudência. Um meridiano decide sobre a verdade, um par de anos sobre a posse. As leis fundamentais modificam-se: o direito tem sua época. Curiosa justiça essa que estabelece limites para um rio ou uma cordilheira. Verdade para este lado dos Pireneus, equívoco para o outro.”

¹³⁵ “Também aqui o que seja possivelmente exacto e determinado ao nível do sistemático <contexto de significação>> revelar-se-á insuficiente (equívoco e indeterminado) ao nível do <<contexto de aplicação>>: em consequência da assimetria referida, as significações exactas e determinadas na imanência ideal-significativa do sistema mostram-se sempre, perante as significações exigidas com adequada justeza pela diferente realidade a regular e a ordenar, como significações incompletas (quanto ao conteúdo referencial), insuficientes (quanto à adequação concreta). As possíveis exactidão, determinação e plenitude ideaisvolvem-se em inacabamento, indeterminação e abertura reais.” CASTANHEIRA NEVES, A. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I*. Op.Cit., p. 194.

Se se quer, haja visto as nomenclaturas recorrentes, considerar o referido “desordenamento jurídico” na esteira de um sistema prescritível organizado – como se fosse mesmo um ordenamento –, ainda que idealizado, é especialmente contra esse tal sistema que, em sua autonomia prático-normativa, deve o jurista pensar a realização do direito. Em direito, não se exige tanto um pensamento jurídico idealizante e preocupado com os “sentidos linguísticos” de algumas contingentes *opções legiferantes* quanto um pensamento que assuma a particular atividade de formação do juízo jurídico e de resolução problemas sensíveis concretos. Os juízos jurídicos não são de índole propriamente analítica (como “juízos analíticos”), isto é, não oferecem análises puramente semânticas de uma qualquer significação social, mas verdadeiras sínteses normativas que sobrepujam aquela assimetria reflexiva perante a realidade¹³⁶. Têm, isso sim, um *caráter sintético*, variável situacional e concretamente, de modo a não admitir uma determinação prévia, de cuja consideração decorreria, dedutivamente, uma aplicabilidade racionalmente controlada. Os casos decididos, como pólo partícipe na realização do direito, não se apresentam como “momento de passividade” – especialmente porque são provocativos da ocorrência jurídica – às inferências judicativas, e lançar mão da dita “metalinguagem última”, qual seja a linguagem ordinária, a fim de romper o distanciamento sistema-realidade, não é por certo a palavra última em termos de decidibilidade. A *performance jurígena*, que afinal permite seja o direito uma ocorrência concreta, não requer tão somente que sejam superadas ambiguidades e vaguidades que eventualmente o linguajar jurídico imponha ao trabalho hermenêutico, tal qual bastasse-nos ter conhecimento linguístico suficiente para determinarmos uma penumbra significativa. Ademais, bem se sabe que, mormente em razão da plurivocidade da linguagem – tenhamos em mente a cara noção de *jogos de linguagem*, cunhada na filosofia analítica por Wittgenstein, mas hoje ainda mais representativa em Jean-François Lyotard, com o seu “*diferendo*”, como veremos no próximo capítulo –, as especificidades funcionais resultantes dos variegados usos da linguagem, correspondentes aos seus respectivos

¹³⁶ De forma muito próxima, disse *Gustav Radbruch*: “Assim, a interpretação jurídica não é o pensamento de algo já pensado anteriormente, mas o pensar completo, até seu extremo. Ela parte da interpretação filológica da lei para, a seguir, excedê-la – tal qual um navio que ao sair do porto é guiado por mar aberto, sob as ordens do capitão, seguir o seu próprio curso. Conduz, por meio de transições imperceptíveis, de interpretações do espírito do legislador a regras que o próprio intérprete “apresentaria na qualidade de legislador” (...). É uma mescla indissociável de elementos teóricos e práticos, discerníveis e criativos, subjetivos e objetivos. Na medida em que a interpretação é prática, criativa produtiva e supracientífica torna-se cada vez mais determinada pelas necessidades jurídicas em mutação.” RADBRUCH, *Gustav. Filosofia do direito*. Op.Cit., p. 164.

meios e “âmbitos institucionais”, não têm sentido senão unicamente nesses próprios usos. No que toca mais de perto a dita “linguagem jurídica” o mesmo se dá, de sorte que é no específico campo jurídico que sua linguagem tem sentido jurídico, não soando minimamente acertada a aposta na tentativa de pré-determinação externa ¹³⁷.

Quaisquer categorias que se enuncie à ocorrência jurídica, seja isso num fito estritamente cognitivo seja ainda numa intenção genuinamente normativa, não são mais do que tentativas de qualificação ou de designação tipológica com intento de ordenar uma experiência que, em verdade, revela-se num *continuum* sem fronteiras rígidas. Que essas concepções mais coevas da juridicidade, no seu tratamento analítico e hermenêutico, trazem consigo, ainda que subterraneamente, certo *voluntarismo político* na determinação do “objeto jurídico” parece-nos bastante claro, sobretudo quando se tem em mente que ambas correntes arrestam um olhar compreensivo do direito. Mantém-se como pano de fundo infungível uma concepção de direito como legalidade positiva, não obstante se lhe admita algum movimento concreto e, por conseguinte, dispense-lhe alguma reflexão acerca da reconstitutividade e da integração terrena de sua normatividade: seja como for, pense-se ou não a aplicação jurídica (como *aplicatio*! ¹³⁸), fato é que o direito seria, nessa toada, unicamente um conjunto de *prescrições legais*. Ainda que se quisesse arguir serem elas não tanto *normas* – que como tais convocam um momento de normatividade constitutiva –, mas propriamente *diretivas* para a ação cuja função essencial seria meramente determinar ou influenciar o comporta-

¹³⁷ E o mesmo diz-se no que toca a diferencial feita por Radbruch entre os *conceitos juridicamente relevantes* e os *conceitos juridicamente autênticos*. Assim esclarece-os: “Com relação aos conceitos juridicamente relevantes nota-se que, para obtê-los, a ciência jurídica apóia-se em outros conceitos científicos anteriores, que são pré-jurídicos. Na verdade o objeto da ciência jurídica não é um conjunto de dados disforme e amorfo, mas uma realidade previamente formada por meio de conceitos pré-científicos ou de conceitos científicos extrajurídicos. A ciência do direito é, em grande parte, uma tarefa conceptual de segundo grau, devendo seus conceitos a uma elaboração prévia das ciências não-jurídicas.” RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Op.Cit., p. 176. É importante lembrarmos que para o autor em questão, contrariamente a Hans Kelsen, a ciência do direito é uma *ciência compreensível*, que possui o “objeto” de uma “ciência do ser” e “método” de uma “ciência normativa”.

¹³⁸ A noção de *applicatio* é, como já dissemos, bastante cara à perspectiva hermenêutica, pois pressupõe a existência de algo prévio – o direito-objeto – que será aplicado, de modo que para uma adequada aplicação um processo hermenêutico também adequado seria suficiente. Em sentido semelhante caminham as palavras de Dietrich Busse: “The concept of “application” of a text implies a primacy of the text over its interpretation and application: First there is the text and then its interpretation and application. This temporal and logical priority of the text does not take place in legal interpretation and working with texts. The picture is different: “the case searches the text suitable for it”. That is: beginning with the case and a certain task of decision the juridical worker first of all has to find out, with which text (or text-group) the solution of the case aimed at can be carried out best. So the “application” has the priority over the “applied object” (the text).” BUSSE, Dietrich. *Interpreting law: text understanding – text application – working with texts*. p. 07. Disponível em: <http://www.phil-fak.uni-duesseldorf.de/fileadmin/Redaktion/Institute/Germanistik/AbteilungI/Busse/Texte/Busse-2008-05-ur.pdf>

mento de seus destinatários, delimitando espaços de “liberdade de decisão” e de “res-trição de competência”, a índole normativa que se instala é, com efeito, de uma estrita imperatividade ¹³⁹: como que a dizer-nos que os juízos jurídicos, na formação da nor-matividade do direito, por serem verdadeiros *imperativos*, não têm “necessidade” de convocar qualquer fundamento prático; sustentar-se-iam suficientemente, e em última instância, diretamente e tão somente no *poder* ou no *imperium* que os viabiliza ¹⁴⁰ – de modo a confirmar o famoso adágio segundo o qual *auctoritas, non veritas, facit legem*. Que há nesse resgate do imperativismo uma evidente junção correlata do voluntarismo – com as consequências dessa redução do direito ao *factum brutum* do exercício do poder – é algo que, repitamos, parece-nos no todo evidente ¹⁴¹: importa frisar, ademais, que a imputação ao *soberano* implícita nessa diluição do direito às decisões da *potes-tas* não problematiza a instância última em que se dão os chamados “atos do poder”, sequer a pensa, permanecendo ela a interrogações de outra banda que não a do *pensa-mento jurídico* ¹⁴².

¹³⁹ Sobre a diferenciação entre “norma” e “imperativo”, assim se lê em Legaz y Lacambra: “Pa-rece que los términos norma e imperativo son excluyentes, pues la norma implica un juicio intelectual y el imperativo es un acto de la voluntad. (...) La norma establece una vinculación entre dos hechos en la forma del deber ser; ahora bien, el deber ser es una categoría ontológica contrapuesta a la esfera del ser. Un imperativo, en cambio, es el hecho de que una voluntad psicológica ha expresado su querer; pero la voluntad psicológica pertenece a la naturaleza, al ser, y por tanto la manifestación de dicha coluntad es un hecho natural que puede producir consecuencias en el orden del ser, pero es insusceptible por esencia para fundamentar um deber ser.” LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *Introducción a la ciencia del derecho*. Op.Cit., p. 167.

¹⁴⁰ É no que acaba redundando, por exemplo, a noção de “discretion”, em Hart, que acaba por conceber uma teoria geral das regras jurídicas, que não encontram acima delas (acima das regras) nada senão a *autoridade* que as impõe. DWORKIN, Ronald. *Is law a system of rules?* In: *The philosophy of law*. (Org. DWORKIN, Ronald). Oxford University Press, 1977, pp. 38 e 52.

¹⁴¹ Concordamos com *Castanheira Neves*, quando diz que “o direito só pode reconhecer-se *qua-tale* e diferenciar-se de qualquer imposição eficaz do poder (do *factum brutum* do exercício do poder es-tatal), em referência a um fundamento normativamente constitutivo do seu sentido de direito – um fun-damento normativo específico da sua *validade* sem o qual, digamo-lo também com KUNZ, <<lhe falta *ob ovo* o carácter de direito>>. Foi o que inclusive o positivismo jurídico compreendeu, ao invocar uma *Grundnorm* com Kelsen e uma *rule of recognition* com Hart – pouco importando agora que originaria-mente aquela vá entendida num sentido hipotético-transcendentalmente normativo e depois <<ficticia-mente>> normativo, e esta em sentido empírico-sociológico (<<como uma questão de facto empírica>>) pois em ambos os sentidos trata-se de uma norma pressuposta como critério de validade jurídica (crité-rio que permite identificar as regras válidas do sistema jurídico. Ou seja, não há direito sem uma consti-tutiva *validade* normativa – que tanto é dizer, já nestes termos, que a *validade* e não a *imperatividade* é constitutiva do direito como direito.” CASTANHEIRA NEVES, A. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I*. Op.Cit., p. 210.

¹⁴² Sobre a “teoria imperativa”, dando ênfase à proposta de um *imperativo independente* como conceito diferenciado frente à noção de “comando”, tradicionalmente usado por aquela teoria, conferir: OLIVERCRONA, Karl. *Il diritto come fatto*. Milano: Giuffrè Editore, 1967, pp. 33/38. Como um resumo das idéias aí aventadas, lê-se à página 38: “In realtà il diritto di un paese si compone di una immensa massa di idee concernenti la condotta umana, le quali si sono accumulate grazie all’opera congiunta di innumerevoli collaboratori. Tali idee sono state espresse dai loro autori mediante il

Com efeito, uma vez que o que nos toca como juristas não é tanto entregar nosso serviço ao exercício astuto e irascível do poder, antes o contrário, cabendo-nos operar o movimento contrário, qual seja, deslocar a *juridicidade* desses enredos e respectivas emendas, é na *validade normativa* do direito que temos de apostar, pois aí mesmo é que encontramos aquela diferenciação. Tal validade não se permite absolutamente apreendida se permanecermos, nos entanto, com um olhar apenas formal de sua aparição, como o fizera *Hans Kelsen* e sua *Grundnorm*, ou meramente empírico-sociológico, nos termos de um *Hart*. Impõe-se perceber que, em verdade, a validade jurídica exige um sentido material, de modo que o seu fundamento não pode ser tão só de *legitimidade*, caso em que se enreda novamente com o poder, mas de *validade constituinte*: poderemos ora dizer que se a norma jurídica é por certo uma prescrição, não é certo que toda proposição prescritiva seja, por si só, uma *norma jurídica*. Isso porque a “norma jurídica” em sua especificidade e normatividade próprias – enquanto obrigatoriedade – remete não a um mero poder soberano, mas a uma *axiologia* e ao dever-ser que nela está implicado ¹⁴³: não é por outro motivo que a normatividade jurídica, ademais voltada ao *caso sub judice*, é mais e efetivamente diferente da imperatividade, e isso a todos os níveis da juridicidade, inclusive no que toca a realização constitucional, de sorte a termos de compreender a “ordem normativo-social” que se constitui por meio do vínculo jurídico (a normatividade propriamente jurídica) e se projeta humanossocialmente como *ordem de validade*, diferenciando-a da ordem de eficácia que se instaura com aquele *factum brutum* ¹⁴⁴. Não há, de fato, se falar em direito sem que se te-

linguaggio imperativo specialmente attraverso la legislazione formale, e nella medesima forma vengono conservate nei testi legislativi. Esse continuano poi a ripresentarsi e a rivivere nelle menti degli uomini, accompagnate dall'imperativo <<questa condotta deve essere seguita>>, o da un'altra espressione di analogo effetto.”

¹⁴³ “Até porque o direito não pode deixar de pensar-se numa intencionalidade distintiva do humano e do inumano, do justo e do injusto, do válido e do inválido, e essa intencionalidade não só implica, como convoca constitutivamente sempre certos valores e certos princípios normativos – em último termo, aqueles valores e princípios normativos que pertencem ao *ethos* fundamental, ao *epistème* prático de uma certa cultura numa certa época, e assim metapositivos e pressupostos da própria normativa positividade do direito, como que numa autotranscendência ou transcendentalidade prático-normativa em que unicamente pode reconhecer o seu sentido *de direito*. Se só no direito positivo a validade jurídica realiza o *direito*, também só pela validade que axiológico-normativamente funda a sua normatividade ele se manifesta *como direito*.” Ibidem, p. 213.

¹⁴⁴ É o que se lê, por exemplo, em *Karl Larenz*: “A injuntividade ou vinculabilidade de uma regra não é o mesmo que a sua eficácia. Quando o <<Direito>> tem de ceder perante o <<não Direito>>, e sabemos infelizmente quão frequentemente tal sucede, não se despoja o Direito, com a perda da eficácia, da sua *pretensão de validade*. A própria expressão <<regra de conduta>> é ambivalente. Pode significar somente um *modo de conduta* <<reiterado>>, quer dizer, que se apresenta uniformemente na constelação dos casos, ou então, uma *norma* no sentido de uma *pauta* vinculante, de uma *exigência* de conduta

nha em conta uma referência de validade normativa de suas decisões, e não cabe a outra área senão ao pensamento jurídico enjeitá-la nesse *decisium*, território próprio à realização do direito ¹⁴⁵.

Não se compreende a intencionalidade normativa do campo jurídico vislumbrando-o como “critério de comportamento” – isto é, numa redução que o perceba com o simples objetivo de orientar os limites da ação social (como *regras de ação*) –, porquanto ao decididor apareça-lhe antes como “critério de valoração” que convoca, em concreto, os *fundamentos de validade* ¹⁴⁶. O direito revela-se no diferenciar-se e fazer-se mais, muito mais, do que a totalidade das regras de comportamento e respectiva “liberdade”, não estando aí alocado o seu critério de vivência. Por certo que em razão da fissura que marca a ferro a vivência jurídica deparamo-nos com uma correlativa “historicidade normativa” da ocorrência jurídica a delimitar – *caso a caso* – limites objetivos e intencionais de sua validade, sem que com isso tenhamos de concluir (equivocadamente) que a normatividade jurídica se identifica com determinado tipo de dado formal e positivamente prescritivo: sua normatividade, de modo mais amplo e certamente mais problemático, não tem sua fenomenologia disponível a essas objetivações passageiras, antes delas dispondo por meio da sua intencionalidade sucessivamente aberta. Daí que interpretar juridicamente não possa ser analisar de forma lógico-linguística al-

que se apresenta com a pretensão de injuntividade.” LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamengo. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. 222. De outro lado, é de se lembrar aqui as palavras de Paulo Ferreira da Cunha, ao sentenciar que “mesmo na semi-periferia cultural em que vivemos já só os esclerosados ensinam que ‘o Direito é um conjunto de normas impostas coativamente pelo Estado’ sem mais.” DA CUNHA, Paulo Ferreira. *Pensar o Direito. II. Da modernidade à postmodernidade*. Op.Cit., p. 54.

¹⁴⁵ É o que Castanheira Neves nos ensina perceber, ao se referir a uma *diferença estrutural* aqui central: “O direito como prescrição dirige-se directamente à *acção*, pretende ser para esta uma regra através de enunciados linguísticos *imperativos* – (...) – e objectiva-se globalmente como ordem e norma de ordenação e de determinação. Enquanto que na sua realização decisória – veremos que judicativamente decisória – o direito dirige-se já a casos (problemas e controvérsias jurídicos concretos), para os quais será fundamento e critério normativo-judicativos segundo um sistema de normatividade dogmaticamente vigente e objectiva-se também globalmente como ordem e norma de validade e de valoração.” CASTANHEIRA NEVES, A. *Metodologia jurídica*. Op.Cit., p. 21.

¹⁴⁶ No mesmo sentido, Karl Engisch: “Tem inteiro razão o moralista FR. JODL quando afirma que todo o imperativo já pressupõe necessariamente o juízo de que aquilo que se exige tem um valor particular, um valor próprio, e é por isso mesmo que exigido. (...) Temos de reconhecer como acertadas estas considerações, pelo menos quando na vejamos no Direito a expressão da vontade caprichosa de um desposta mas o produto de ponderações racionais.” Essa dimensão de valoração conduzirá ao momento concreto da formação de um *juízo jurídico* e da tomada de decisão: “Não devemos, porém, esquecer que, frequentemente, a consequência jurídica se não encontra completamente determinada na lei, e que, portanto, a sua actualização exige novas decisões que a determinem. (...) A questão de saber em que medida uma e mesma consequência jurídica pode ser derivada de vários complexos de factos que a fundamentam, apenas pode ser decidida de caso para caso segundo pontos de vista próprios do jurista e metodologicamente.” ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Op.Cit., p. 46/47.

guns dados abstratamente prescritivos – lembremos que “interpretação jurídica”, aqui, não se confunde com trabalho hermenêutico, uma vez que se aloca *horizontalmente* no plano da decisão-judicativa do direito –, cabendo-lhe antes o fado de ter de atingir praticamente aquela juridicidade que se mantém transpositivamente a validar a realização do direito. Na medida, portanto, em que a ocorrência jurídica é mais ampla do que suas possíveis objetivações históricas, cabe à realização concreta do direito buscar isso que está “para além” do que o olhar hermenêutico permite ver: no processo de decisão judicativa o que deve firmar-se como critério normativo é o próprio trabalho do pensamento jurídico em suas intenções metodológicas, ou de se resolução de conflitos, firmando-se esse pensamento que pensa o direito como os “*óculos do jurista*” perante os problemas que se lhe chegam.

Diferente do que se acaba por se assentar com a assunção das arquitetônicas hermenêuticas e da filosofia analítica por sobre a realidade jurídica, esta não se atinge apenas cognitivamente, como valor de verdade, de sorte que a seu problema de validade não vai aí resoluto, sem prejuízo, todavia, para com a premissa de que a ocorrência jurídica engendra – *também* – momentos hermenêuticos e de textualidade. A *linguagem jurídica* enreda uma *significação pragmática* tanto na prescrição regulativa quanto na decisão judicativa, mas igualmente na dimensão societal em que se operem as “inter-ações jurídicas”, e essa significação pragmática é mesmo irreduzível a esquemas “existenciais interpretativos”, bem como de uma semântica “descrição referencial”. A apreensão da juridicidade não se finaliza com a categorização da prática jurídica nos moldes – de aceitação sempre passageira – de uma filosofia geral ou arquitetônica “compreensão do mundo”: aquele que pretende saber *o que é o direito*, e, por conseguinte, assimilar ou participar daquilo que é o *labor jurídico*, tem de se esforçar no sentido de lançar mão de uma *visão interna* a essa ocorrência, como que a tomar parte com isso de seu “devir autônomo”. Perceber, ademais, que as constantes jurídicas reduzem-se a dois momentos, os quais em verdade – como *práxis* – abreviam-se num só, um inevitável *continuum*, traz consigo importantes consequências, dentre elas a necessidade de abrir mão de um olhar teórico acerca do direito: com efeito, se tivéssemos de assentar uma “estética do direito” – ou uma *estética da juridicidade* –, diríamos que o pensamento jurídico e a decisão judicativa operam em dialética aquilo que é moda,

ou paradigmático, e aquilo que é inovação na normatividade jurídica; o que é adequado e o que é inaceitável a cada momento. É nessa relação, portanto, que o direito ocorre.

A linguagem jurídica postulada pelo juízo decisório do direito não apenas revela-se, dessa forma, como infungível virtualidade pragmática, como tão somente pragmaticamente pode ser apreendida e experienciada. Não importa tanto o um seu possível sentido descritivo ou a sua cognoscitividade, mas antes a co-participação como *vivência jurídica* nessa mesma ocorrência, de modo a assumir a necessidade de experimentar uma tal pragmática, uma vez que decisivo – isto sim – é a *intencionalidade pragmática* que se lhe confira como compreensão por si só também prática. O pragmático é aí dimensão constitutiva do próprio sentido do direito, aquele que se faça valer historicamente, e já não uma sua externalidade, como se poderia fazer crer sob um olhar de “filosofia pragmática”, não se confundindo, pois, com resultados ou atitude pessoal. Conclusão aqui forçosa assenta que a linguagem jurídica não se constitui essencialmente, nem em sua significação se determina materialmente por algum suposto “núcleo semântico” cuja “descritividade” seria ponto central: o labor que o jurista dispensa para a realização jurídica não se limita a dispor de uma linguagem fundamentalmente descritiva, sendo constitutiva e significativamente *normativa* em seu núcleo de intencionalidade material, como espécime de *linguagem radical*; se sua prática não, nesse sentido, essencialmente descritiva, tampouco o é aquela que se propõe a referenciá-la, também esta sendo uma linguagem normativa. A aposta numa eventual instanci-ção comum a todas as linguagens, a partir da qual se reconstituiria também a da expressão jurígena, pressupõe essa “falácia descritiva” com a qual não nos é lícito corroborar: mais acertado parece ser reconhecermos, por certo que humildemente, que a linguagem jurídica em sua pragmática própria e respectiva normatividade como que se exclui dessa “universal redutividade descritiva” e encontra território próprio, no todo diferenciável do seu entorno, não obstante inevitavelmente banhado de historicidade

147

¹⁴⁷ E isso se faz mesmo forçoso seja aceito, tendo em vista que: “A normatividade é materialmente constitutiva ou da sua significação e assim com um sentido normativo esta objectivamente se manifesta, sem carecer para tanto de um qualquer outro acto que, para além e diferente da significação, lhe confira valor normativo – à normatividade vai na significação e a significação é normativa, não resulta de um acto ou de um <<fazer>> específico com uma significação locucionariamente neutra ou anormativa. O que vai conduzir-nos também à conclusão de que a normatividade dos enunciados jurídicos (i. é, a significação normativa desses enunciados ou, em geral, da linguagem jurídica) deverá ser pensada independentemente da teoria dos <<actos de linguagem>>, tomados estes no seu estricto conceito lingüís-

Se nos é admitido ainda hoje conjecturar conceitualmente – tendo em vista o assim chamado *ocaso do conceito*, como veremos no capítulo que se aproxima –, temos de lembrar que o “conceito jurídico”, assim como a sua linguagem e o seu pensamento, representa momento normativo na ocorrência do direito. As significações jurídicas relevantes autonomamente constituem sua intencionalidade normativa, no que deve ir implícita sua irreducibilidade ante as significações que se proponham operar apenas uma sua representação. O naturalismo lógico do positivismo mais ortodoxo – com o seu pressuposto monismo epistemológico naturalista – rompe-se diante de tais inferências, e assenta-se finalmente que o “objeto” que se queira asserir como “direito” no mais não é senão o resultado histórico das lucubrações do pensamento jurídico. *Pensar e dizer juridicamente* não é o mesmo que “reproduzir” ou “referenciar” expressões com certo significado cognitivo, como seria o caso se o direito tivesse ocorrência externa ao devir do pensamento jurídico ou, ainda, se o referente deste fosse algo meramente “empírico-factual”, mas sim “expressões produtivas” que internamente – ou, autorreferentemente – criam o *universo jurídico*. Aquilo que manifestam constitui o próprio conteúdo de que são expressão, de modo que exprimem o seu próprio conteúdo constitutivo, isto é, expandem normativamente aquilo mesmo que as constitui: assim, uma *semiótica jurídica* como produto de uma gramática autônoma – a “gramática jurídica” – e igualmente como manifestação de um “universo semântico próprio” convertem aquilo que é “juridicamente assemântico” em conteúdo semântico, posto que estamos a tratar de uma *linguagem performativa*: cuida-se de um dizer que não refere propriamente algo a ele externo (em termos de inteligibilidade), mas extrai ele mesmo internamente esse algo, isto é, o constitui em seu próprio dizê-lo.

Se assim a linguagem jurídica manifesta afinal a normatividade jurídica, com a referência constante à problematicidade que lhe permite vir a ser (como *devenir*) o que é, o faz no medida em que desde a sua emergência imemorial respalda-se numa espécie de *institucionalidade jurídica*, como “mundo jurídico” pressuposto que viabiliza a “ação” daquela primeira. Porque aqui se estabelece uma dialética – uma dialética propriamente jurídica (*dialética jurídica*) –, na prática de realização do direito uma e outra surgem, de modo que essa dita “pressuposta” institucionalidade não se confunde com alguma instância legitimadora prévia. Há, isso sim, uma contínua correlatividade:

tico.” CASTANHEIRA NEVES, A. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I*. Op.Cit., p. 230.

como se houvesse mesmo e por isso nos fosse lícito falar – parafraseando *Wittgenstein* – numa espécie de “jogo da linguagem jurídica” a lembrar-nos do erro de se compreender o direito como “texto” em termos tão só linguísticos. De modo que se terá de reconhecer que não é o sentido normativo da linguagem jurídica no todo redutível ao ilocucionário – como mero functor referente “dever” que dispõe a force aos atos de linguagem –, pois que se dinamiza nessa dialética com princípios jurídicos, bem como com essa específica institucionalidade da validade jurídica, a qual, ademais, fundamenta de modo constitutivo e concreto aquela normatividade. Com efeito, é nessa especificidade reflexiva, com a pressuposição de uma institucional e normativa validade jurídica que se oferecem afinal os sentidos jurídicos, a linguagem jurídica e, assim, um pensamento propriamente jurídico. É com essa “imanência reflexiva”, verdadeiramente concreta, que os sentidos jurídicos criam as “coisas do direito”, tornando compreensíveis vinculações que esses mesmos sentidos imprimem na realidade, sem que se possa perder de vista, nesse momento, que em razão do problema concreto que então se impõe estruturante o *pensamento jurídico* não se perde numa diluição comunicativa prévia, galgando formato próprio de vislumbrar a *societas*. Impõe-se perceber, todavia, que é especificamente com a ruptura dessa “diluição comunicativa” prévia – quando se resolve comunicativamente – que se faz possível o “abrir de olhos” do pensamento jurídico, até então desnecessário e mesmo impensável em suas especificidades.

A realidade que se coloca ao direito e, por conseguinte, ao pensamento jurídico como *realidade jurídica* não é pura e simplesmente a realidade empírica societal como uma “realidade comum” e externa, isto é, não é a essa instância que uma suposta textualidade jurídica faz referência, mas àquela que em sua intencionalidade própria endossa a necessidade de dizer e operar a *normatividade jurídica*. O eventual “texto jurídico” não remete o seu leitor à apreensão de uma experiência factual, quer dizer, ele não se mostra como o “conceito” de uma “concretude externa” – que seriam os próprios “fatos sociais” –, pois o direito por si só já constitui normativamente essa realidade. Não lhe é forçoso assumir-se como referencial de uma exterioridade objetiva ou factual, uma vez que em sua pragmática ocorrência podemos reconhecer (na juridicidade) espécie de “semântica referencial”, como se ela mesma nos revelasse – ao pensamento jurídico enquanto tal – a realidade jurídica: perceba-se, entretanto, que não estamos referindo com isso uma realidade externa, como realidade comum às diferen-

tes intencionalidades e ao grande bloco de normatividade social, mas à “realidade jurídica” (realidade *qua tale*) constituída no e pelo próprio pensamento jurídico, sem que exclua, evidentemente, qualquer pluralismo referencial. Como essa “função referencial” acaba sendo o *resultado de uma prática*, da própria prática realização do direito, cuida-se aí de uma “função referencial-constitutiva”, de modo que, da mesma forma como para o pensamento jurídico toda a história é “história do direito”, toda a realidade é – para o pensamento jurídico – realidade jurídica, bastando-lhe enfronhá-la em sua ocorrência: isso porque essa eventual textualidade da juridicidade visa a normatividade jurídica, sua formação prática, tendo em mente não uma realidade extrajurídica, mas a específica constituição de um problema. Não nos esqueçamos que o elemento nuclear da realização do direito, expressando-se igualmente na comunicação jurídica (também entre juristas e leigos), é a constituição de um caso-concreto, a sua conformação problemática que visa a justificação decisional.

Opera-se, com efeito, uma *construção jurídica da realidade*, na medida em que processualmente se constitui o caso concreto e a decisão judicativa, o que se dá no ato mesmo de se trazer ao território da realização do direito – traz-se, pois, para o *mundo jurídico* – “algo” que a princípio poderia ser admitido como uma realidade extrajurídica. Trata-se de verdadeira “construção” do caso concreto, e não de uma sua simples “identificação” ou “comprovação” em termos de uma epistemologia: o caso concreto judicativamente decidendo (*sub judice*) não é uma “espécie palpável” e determinável por meio de algumas características empírico-genéricas, relativamente a um suposto referencial normativo abstrato, como se entre “problema” e “pensamento jurídico” se desse tão só uma relação de identificação lógica ou subsuntiva. É, em verdade, o *caso jurídico* o resultado do trabalho do jurista, um recorte do próprio pensamento jurídico em seu labor de sensível extração da juridicidade: a “dimensão metodológica” fica, aqui, evidente, haja visto que – seja lá como se lhe compreenda – a *apreensão jurídica* é determinante na construção de seus problemas; o caso concreto surge-nos como decorrência da própria reelaboração que a ele se dispense ¹⁴⁸. É o conjunto de a-

¹⁴⁸ E para *Dietrich Busse* esse trabalho jurídico se desenvolve, processual e praticamente, como expressão de uma textualidade jurídica própria: “Die Normativität entfaltet sich also sozusagen über mehrere Textstufen, oder textlinguistisch gesprochen: über mehrere Textsorten/-klassen hinweg. Rechtsarbeit ist ein Vertextungsprozeß, der aus Texten über verschiedene Zwischenstufen (mit Beteiligung von Texten) wieder Texte macht.” BUSSE, Dietrich. *Textsorten des Bereichs Rechtswesen und Justiz*. p. 07. Disponível em: <http://www.phil-fak.uni-duesseldorf.de/fileadmin/Redaktion/Institute/Germanistik/AbteilungI /Busse/Texte/Busse-2000-02.pdf>

tos que a prática jurídica leva a cabo o que traz afinal objetividade ao problema jurídico, não podendo tal apreensão ser confundida com qualquer específica aposta metodológica ou epistemológica, pois se identifica com a própria pulsão do pensamento jurídico ¹⁴⁹: o discurso que compõe essa textualidade jurídica refere a realidade social enquanto pretende regulá-la, fazendo-o por meio de uma *linguagem especializada*, por certo que não no sentido de uma “tradução” que exigisse critérios externos de otimização, posto que as suas inferências têm características constitutivas, com o que se produz uma realidade de índole própria – realidade essa que, para *Dietrich Busse*, se nos surge *textualmente* qual uma *realidade institucional* ¹⁵⁰. A realidade jurídica não é estanque e tampouco está estandardizada em sistemas abstratos – erro esse no qual tanto o normativismo quanto o olhar de uma linguagem analítica do direito incorreram –, apresentando-se antes como movimento incessante.

A linguagem jurídica é global e unitariamente normativa, seja no que toca sua manifestação ou emergência histórica seja no que toca sua intencionalidade constitutiva, cujo referente se nos mostra como “correlato objetivo” *real* – resultante daquela objetivação prático-normativa –, qual seja o problema-caso que também se apresenta normativamente. O trabalho dos juristas perante os problemas que se lhe chegam a solucionar institui como prática ou pragmática jurígena a própria referência jurídica ¹⁵¹:

¹⁴⁹ É o que mais uma vez *Dietrich Busse* não deixa passar em branco: “The situations of everyday-life which are the material and the object of legal decisions made by judges (or, in preparation of the trial, are anticipated by attorneys and lawyers) are not only part of a pre-defined and stable reality but are defined and constituted (or construed) along the lines of the professional juridical knowledge. Even the smallest aspects of the “case” to be decided are predetermined and predefined as entities of the juridical system of knowledge. This implies that in juridical contexts there is no goal or object of acts of application that is independent of legal definitions and predeterminations. Each connection established in an act of application of a legal word, phrase or text is a multi-threaded relation that not only binds a legal term to a specific part of reality, but confers the given decision-task to multiple legal and juridical determined categorisations.” BUSSE, Dietrich. *Interpreting law: text understanding – text application – working with texts*. Op.Cit., p. 05.

¹⁵⁰ “Hier ist ein Spezifikum zu beachten, das den juristischen Umgang mit Texten vom Charakter anderer Textsorten unterscheidet: nämlich die Tatsache, daß das Recht selbst eine textbasierte Institution ist, deren wesentliche institutionelle Arbeitsvorgänge als (institutionelle) Textarbeit charakterisiert werden können.” BUSSE, Dietrich. *Textsorten des Bereichs Rechtswesen und Justiz*. Op.Cit., p. 08. E, noutro texto, diz o mesmo autor: “Working with texts for juridical purposes takes place or unfolds in the framework of institutionalised professional knowledge, in the continental law called “legal dogmatics”. This knowledge, as a result of precedents, high court decisions and law science, determines the conditions for meanings and applicability of law texts in a way that is not transparent to non-professionals. In the working of legal dogmatics the so-called “leading opinion” itself becomes a kind of legal institution in continental, text-based law. It functions as a leading factor in legal argumentation and for textinterpretation and meaning-definition.” BUSSE, Dietrich. *Interpreting law: text understanding – text application – working with texts*. Op.Cit., p. 07.

¹⁵¹ É dessa espécie de instituição que nos falava *Busse*, como uma instância de formação contínua de uma perspectiva que permite ler o mundo juridicamente. Nesse sentido: “Working with texts in law is

assim como em filosofia não há falar-se em dicotomias densas entre *mundo* e *linguagem*, como que nos parecendo forçoso assumir que ambos os momentos são uma coisa só – a própria linguagem –, também em direito não há se falar numa linguagem pétrea de cuja análise decorreria a prática jurídica. Da mesma forma como não há um dito “mundo empírico” e mecanicamente factual, num canto, e uma “linguagem cognitiva”, noutro, não existe uma suposta prática jurídica de interpretação cognitiva de textos – exegética, analítica, hermenêutica, semântica, etc. – que se coloca de frente à *linguagem jurídica* (os textos) como um seu interlocutor passivo: não é por outro motivo que estamos a insistir que a ocorrência do direito já é – por si só – a sua própria linguagem, a linguagem jurídica, não podendo esta ser concebida como expressão objetivada empiricamente em dados abstratos e prévios ¹⁵². Sendo, portanto, a linguagem jurídica objeto dela mesma, o tratamento teórico do direito – admitindo-se que se possa operar uma *reescrita* da “teoria” do direito – na atualidade não poderá perder de vista essa sua *dimensão metanormativa*, não mais a ter como objeto um *dado a priori* (o assim chamado direito-objeto), mas o próprio *pensamento jurídico* em sua inafastável plurivocidade – é o que pretendemos esclarecer no próximo capítulo.

Essa performativa realização do direito – cuja linguagem não é meramente teórica ou “constativa” (referida a objetos), mas prático-cultural ou normativa (referida a validades e sentidos) – ao constituir as específicas significações jurídicas e o respectivo “mundo jurídico” diferencia-se do universo da experiência e do “mundo comum”. Diferencia-se, mas mantém-se aí uma comunicação inevitável: o dito mundo não-jurídico, equivalente ao mundo da *societas*, conecta-se com a juridicidade na medida

the best example for the dependency of interpretation on complex and systematically structured frames of meaning-relevant knowledge. Juridical working with texts and words goes beyond the scope of every traditional linguistic or philosophical approach to semantics. Only by means of a model of frames, which exceeds the usual concept of lexical meaning, the specific characteristics of text-interpretation in law can be linguistically grasped and be described and analysed with linguistic methods.” BUSSE, Dietrich. *Interpreting law: text understanding – text application – working with texts*. Op.Cit., p. 06.

¹⁵² Corroborando tanto o que acabamos de dizer quanto algo que há pouco fora salientado, as seguintes palavras de Vittorio Frosini parecem adequadas: “(...) ma la legge è legge non già come viene formulata dal legislatore, ma come viene letta, interpretata ed applicata dal giudice o dal funzionario. Il procedimento interpretativo non consiste infatti nell’adattare all’á norma di legge il caso in questione come se esso venisse incasellato per la soluzione di um cruciverba; ma consiste anzitutto nel cercare e trovare la legge adatta per quel caso, ed anzi nell’adattare la norma di legge alla soluzione richiesta. Si può dire, sotto forma di paradosso, che l’applicazione precede l’interpretazione, non certo in senso cronologica, ma nel senso che la prima sollecita e dirige lla seconda; e in effetti, tra le due non c’è iato ma chiasmo.” FROSINI, Vittorio. *La lettera e lo spirito della legge*. Op.Cit., p. 99.

em que a convoca normativamente ¹⁵³. Perceba-se, ainda, que, na medida em que é um problema concreto que exige a emergência jurídica, não é tanto o texto o que determinará o que é a interpretação ou a ocorrência do direito, antes o contrário, é a própria “interpretação jurídica” que, como momento partícipe da realização concreta e horizontal do direito, dirá o que é *texto jurídico*, ou seja, o que deve ser considerado – *caso a caso* – um texto jurídico. Daí que se tenha dito – como o fizeram *Vittorio Frosini* e *Dietrich Busse* – que não é a interpretação ou a compreensão textual o que de fato antecede o “momento da decisão” ou simplesmente da realização do direito, mas antes o contrário, é a própria obrigatoriedade da tomada de decisão frente a um problema concreto o que precede e determina a interpretação jurídica e, por conseguinte, sua textualidade. Com isso não se nega que as ditas “regras jurídicas” possam por vezes ser “compreendidas” de pronto e como que de imediato “aplicadas”, abrindo-se mão de uma mediação por “hipóteses interpretativas” – no sentido de uma construção processual da norma jurídica: essa última acaba sendo requisitada quando frente ao caso concreto o critério abstrato aventa alguma dúvida, caso em que a interpretação, como momento em que se firmam *objetivos normativos* do pensamento jurídico, na linha de uma “instrumentalidade textual” como insinuado, mais uma vez, por *Busse*, entra em cena ¹⁵⁴. Ainda que possamos admitir essa diferenciação, bem como aquela “estabilização de significado normativo”, impõe-se percebermos que mesmo essa estabilização

¹⁵³ Como ensina *Castanheira Neves*: “Esse mundo não-jurídico que solicita o direito e em que este se haverá de cumprir, realizando-se, é análogo ao mundo jurídico – ambos são prático-humanos [não “teóricos”, portanto]. Do mesmo modo que à linguagem daquele mundo prático-humano não-jurídico não deixa de corresponder também uma natureza performativa, na sua constitutiva intencionalidade sócio-prático-cultural. À performatividade sócio-prático-cultural do mundo humano é compreensível a performatividade prático-normatividade jurídica. e daí que as suas diferenças, nessa essencial homologia, nunca sejam insuperáveis, antes as duas linguagens performativas são sempre susceptíveis de se traduzirem uma na outra – a performatividade prática da uma permite assimilar a performatividade também prática da outra.” CASTANHEIRA NEVES, A. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica* – I. Op.Cit., p. 286.

¹⁵⁴ “In legal interpretation it is typically the case that for the solution of a legal case not only a single, isolated text is used, but a whole conglomeration of texts or text-parts of different origin (from the same law, from another law, from high-court decisions, from legislative materials, from the commentaries etc.). This conglomeration is assembled to a new “decision-relevant” or “decision-preparing text”. It is in itself a result of decisions previously made by the juridical workers and thus a result of the application of strategic options which are secondary to the knowledge of the case to be decided or solved. This implies that the text to be interpreted and applied is instrumental in relation to the problem or case to be solved. This form of instrumentality does not fit well the concept of “application”. The text may be an instrument for whoever wants to solve a juridical problem or case (i.e. in relation to the goal of the legal working), but it is not an instrument in relation to the act of application. That is: between text and application there is no relation of instrumentality. The text is not at all an instrument in an act of application, but it is an instrument in the act of problem-solving or decision-making.” BUSSE, Dietrich. *Interpreting law: text understanding – text application – working with texts*. Op.Cit., p. 07.

não é outra coisa senão o resultado – verdadeiro *a posteriori* – de uma experiência contínua de significação, não se nos apresentando sequer aí como um *a priori* normativo do direito ¹⁵⁵.

Deveras, as significações das decisões jurídicas recusam uma determinação tão só semântica e analítica porque se dispõem, elas mesmas, como e por meio de uma “intencionalidade pragmática”, no que vai implícita a sua abertura significativa e normativa ¹⁵⁶. O problema da interpretação jurídica apenas se coloca nessa medida prática, isto é, quando estiver em causa a necessidade de construção de um juízo decisório de um caso concreto, daí que não se trate de perceber tal interpretação como compreensão. Assim como a verdade de um anunciado sobre fatos não pode ser mensurada em sua relação imediata com o “fato narrado”, uma vez que não se trata – nas discussões em torno da verdade como problema epistemológico – de considerar verdadeiros aqueles enunciados de “simples reprodução expressiva”, cuidando-se antes de considerar sua “construção interna” (de modo que tão só o seu resultado pode ser metodologicamente uma “verdade”), igualmente se dá com a construção do *juízo jurídico*: seu critério normativo não simplesmente uma regra (como “fato”), mas os sentidos e as informações tidas como relevantes a partir do *caso concreto*. É a contínua construção do juízo jurídico que determinará, porquanto de frente a uma problemática jurídica, quando e em que medida a interpretação deve ocorrer. Não é à toa que *Busse* lança mão de uma “perspectiva complexa” no tratamento teórico que dispensa à apreensão do trabalho de “construção de decisão” no âmbito jurídico, então ganhando relevância aquela noção de *institucionalidade*, a envolver – aproximando-se da visão aqui endossada – o

¹⁵⁵ “Trata-se então apenas de significações que se estabilizaram num momento da sua sempre possível e nunca ineliminável variação – e que por isso mesmo não se poderá garantir que desse modo se mantenha, em todos os diferentes casos actuais ou futuros. O mesmo é dizer que a significação que se diga <<clara>> graças a essa estabilização não é um *a priori* semântico – como deveria ser se houvesse de entender-se essa sua significação incondicionalmente acessível e fixa –, mas um *a posteriori*, o resultado de uma experiência significativa anterior, de uma interpretação que nesse sentido a determina ou que superou uma anterior indeterminação significativa.” CASTANHEIRA NEVES, A. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica* – I. Op.Cit., p. 316.

¹⁵⁶ Mais uma vez, é do que nos assegura também *Josief Esser*: “Der Rechtsbegriff hat jedoch keine Aussagewert, sondern eine Regelungswert, der in erster Linie von den mannigfachen Vorverständnisfaktoren abhängt. Als teleologisch auf Wertungskriterien verschiedener Art abstellender Begriff kann er nicht in einer bloßen Objektsprache verwendet werden. (...) Ihr geht es ja nicht darum, ein “Etwas” zu “bezeichnen”, sondern ein Relevantes in seine Kriterien der Relevanz für die jeweilige Regelungsaufgaben.” ESSER, Josef. *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsgewinnung*. Op.Cit., p. 105. Essa passagem pode ser lida no português no livro de *Castanheira Neves* referido na nota anterior, à página. 317.

labor jurídico de contínua construção de problemas concretos ¹⁵⁷. Vale lembrar que o próprio discurso hermenêutico assumiu a necessidade – lembremos de Gadamer – de se questionar o momento da *applicatio*, a fim de não autonomizar (e tornar anacrônica) a questão da interpretação. Por certo que uma prática se institucionaliza e assim pode ela vir a ser referida sem qualquer dimensão problemática – ou, aproblematicamente –, porquanto de modo consensual se tenha assentada a aceitação dessa mesma prática. Acontece que, em direito, isso apenas se dá porque essa mesma linha de solução conseguiu estabilizar-se a um dado momento, tendo porém num instante originário se apresentado “problemática judicativamente”, de modo que também aí se requereu aquela construção institucionalizante do discurso jurídico: não é por outro motivo, afinal, que se faz forçoso concordarmos com *Dworkin* quando assere ser um “pseudo-problema” a diferenciação metodológica do cuidado dos *hard and easy cases*.

Finalmente, se optarmos por utilizar as expressões mais tradicionais da “teoria do direito”, não se poderá concluir senão pela não coincidência entre o *dado* – dado empírico ou “imediato fenomenológico”, como ensina *Castanheira Neves* – e o *objeto*

¹⁵⁷ Pedimos licença para transcrever aqui um parágrafo longo, porém bastante sintético e esclarecedor, de *Dietrich Busse*, para iluminar de vez essa problemática: “The description of the knowledge necessary for the adequate interpretation of a given law text does not show the full picture of the actual processes working in the text-based juridical decision-making. A description from the opposite point of view must be added: not only “beginning with the law text and leading to the case” but also “beginning with the case and leading to the law text (or better: law texts)”, the latter perspective being more important for juridical everyday-work. Having a look at this “direction of text-based working” and the linguistic conclusions to be drawn from its description it becomes obvious, that not only the explication of a given law text is highly complex in the way shown above, but that even for the solution of a simple juridical case a great number of texts and sub-texts has to be linked, which all together form a new “decision text”, i.e. a conglomeration of interrelated subtexts being the basis for the juridical decision. The linguistic examination of a simple case (liability for faults or defects in the case of selling a used car) shows that for the solution of such an everyday-case (i.e., for the making of a court decision in accordance with the codified legal norm) more than 30 Paragraphs from different laws have to be taken into account. In the theory of juridical methods and law-interpretation as in hermeneutics the theoretical fiction of the “application of one normative text to one case” or of the “subsumption of one case under one normative text” is still supported. This idea is not adequate to the real practice of working with normative texts and concepts in contemporary German law [não é difícil assistirmos essa mesma realidade no direito brasileiro, como nos ensina vê-lo, atualmente, *Marcelo Neves*]. More adequately the interpretation of a law text is described as a complex algorithmic procedure, structured in stages or steps of decision, in which partially semantic or text-relating decisions have to be made again and again at numerous nodal points. The juridical work of law-interpretation can be likened more to a network of text pieces, aspects, guidelines and rules of explication, case elements, considerations of expediency, considerations of legal politics etc. than an interpretation or definition of meaning in the usual linguistic or hermeneutic sense.” BUSSE Dietrich. *Interpreting law: text understanding – text application – working with texts*. Op.Cit., p. 11. Sobre essa dimensão da complexidade na lida jurídica brasileira, conferir: NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

propriamente jurídico ¹⁵⁸: não se perca de vista, ademais, que o querer ver no dado textual o objeto jurídico é uma, como se percebe, uma opção e não uma necessidade lógica, de sorte que a sua referenciação pelo pensamento jurídico não deixa de ter uma dimensão – também nesses casos – tão só metodológica, podendo, no entanto, restar tal inferência superada ou ultrapassada no âmbito da própria discussão metodológica. Não se trata de um “objeto” que salte ativamente aos olhos do jurista de maneira inevitável, antes se colocando ali em razão de decisões do próprio pensamento jurídico, como nos mostrou *Kelsen* e sua *Grundnorm*: ou seja, não é o “objeto” que por si só se coloca frente aos “olhos” do pensamento jurídico, mas este que determina o status daquele. Essas opções que o pensamento jurídico venha a assumir em sua prática, no mais das vezes de maneira implícita, somente lograrão justificadas com a densificação de sua relação com o “problema concreto” ao qual o direito é chamado a responder, não tendo outra razão a *exigência metodológica*. Os “conceitos jurídicos” e da mesma forma quaisquer representações jurídicas não encontram no “mundo real” nenhuma equivalência factual que passivamente se tenha permitido uma “apreensão teórica”, e tampouco eles – os *conceitos jurídicos* – se nos apresentam como resultados de uma “concepção da linguagem”: eles não são o produto da linguagem, embora não existam sem ela, mas são em concreto – “*estão sendo*” – através da linguagem e na linguagem. Daí, portanto, que se tenha de considerar duvidosa a solução dos problemas jurídicos por meio de uma categoria ou disciplina específica – seja a das inferências analíticas da filosofia linguística, seja com a abertura à ontologia das lucubrações hermenêuticas – que é, fique claro, externa a esses problemas ¹⁵⁹. Na ocorrência jurídica não é tanto de

¹⁵⁸ “Se o *dado* – o dado empírico ou o imediato fenomenológico – é decerto oferecido por estas expressões textuais, o *objecto* metodológico, a intencionar e a determinar metodológico-problematicamente no problema específico da interpretação jurídica, não o temos já na textualidade enquanto tal, ou na determinação significativa que a esse nível se possibilite, mas antes na normatividade jurídica que, através embora das expressões textuais das normas jurídico-positivas, a interpretação jurídica especificamente se poderá atingir.” CASTANHEIRA NEVES, A. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica* – I. Op.Cit., p. 328.

¹⁵⁹ “Nel tempo presente bisogna distinguere, in relazione alla teoria della ermeneutica giuridica (il termine deriva dal nome del dio Hermes, mediatore fra gli uomini e gli dèi), due diverse posizioni metodologiche. L’interpretazione giuridica può infatti espletarsi all’interno o all’esterno del diritto: essa può consistere in una indagine svolta nell’ambito di un ordinamento giuridico determinato, ma può anche considerare il diritto nel suo insieme, in quanto struttura portante della vita sociale; in questo caso, il giurista si colloca al di fuori dell’ordinamento giuridico per coglierlo nella sua globalità di significato. La diversità fra queste due posizioni è stata espressa da Immanuel Kant come differenza fra le due domande: *quid sit juris* (che cosa è conforme al diritto?) e *quid sit jus* (che cosa è il diritto?), che appartengono entrambe allo strumentario ermeneutico del giurista.” FROSINI, Vittorio. *La lettera e lo*

“uma interpretação correta” ou de “uma compreensão adequada” aquilo de que se necessita urgentemente, mas antes de uma espécie de *Wissen metatextual* – de sentido prático-institucional e normativo – que saiba alocar processualmente os mais variados critérios decisoriais.

O *fado do jurista* permanece sendo o de sempre: processar um pensamento jurídico que constitua – concreta e horizontalmente – a *ocorrência do direito*, de modo a fazer coligirem os variegados ensejos normativos no algoritmo referenciado pelas decisões judiciais no quadro ou numa moldura institucionalmente equilibrada. Isso porque o que lhe resta afinal ante a *obrigatoriedade da decisão* não é mais senão o pensar essa mesma obrigatoriedade, ou inevitabilidade: isto é, é-lhe forçoso inferir um *pensamento jurídico* – que em nada difere do labor próprio do jurista – que dela de alguma forma possa dar conta. Apreender que à realização do direito concorrem de modo inefável fatores das mais diversas ordens – a ponto mesmo de termos de envolver e balizar sua prática por meio de *molduras instáveis* – e de conjunturas metatextualmente relevantes, como ensina-nos percebê-lo *Dietrich Busse*, não faz mais do que confirmar a aposta que de início enunciávamos como implacável, qual seja aquela segundo a qual é esse específico trabalho de extração concreta da juridicidade o que mais releva na ocorrência jurídica¹⁶⁰. São as *nuances* do *modus* que compõe constituição do caso, a se

spirito della legge. Op.Cit., p. 66. É a essa *problemática da atualidade do pensamento jurídico* – e, portanto, da sua relação com a *societas* – que, no próximo capítulo, passamos a dedicar nossas atenções.

¹⁶⁰ “The specific character of juridical text work lies in the fact that intermittent decisions concerning seemingly harmless details of the entire complex (e.g. semantic decisions about the area of reference – extension – of a single law term) possibly result in serious changes of the whole decision-relevant text-web (i.e., the normative texts the decision is based on) and in this way may cause changes at seemingly very distant points of the algorithm of the steps of Dietrich Busse: Interpreting law: text understanding – text application – working with texts the juridical checking procedure. It is further important to notice that a case which has to be decided can lie in the target area of different law texts or norm-agglomerations. This means it is erroneous to think that a law text itself carries the reference to reality (i.e., the reference and with it the core of its semantics), that itself delimits the extension of its concepts without any other influence. The “applicability” of a law-text therefore is not an inherent quality of this text itself but a result of its position within the framework of institutional functionalisms.” BUSSE, Dietrich. *Interpreting law: text understanding – text application – working with texts*. Op.Cit., p. 13. No mesmo sentido, em língua pátria: CASTANHEIRA NEVES, A. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I*. Op.Cit., p.337: “Dado que este processo não se limita só a confrontar duas grandezas complexas e inalteradas (‘texto da decisão’ e ‘*Sachverhalt*’), mas algoritmicamente se realiza como intercepção de dois momentos de ponderação de resultado não necessariamente pré-dado, pode ele levar a sucessivas alterações de ambos os lados: os elementos da situação concreta (*Sachverhaltselemente*) são conformados juridicamente através da referência ao texto-norma a aplicar, a consideração do texto-norma altera-se através das diversas *nuances* da constituição do caso: no fim deste algoritmo não está nem um texto de decisão, nem uma descrição do caso, mas uma decisão que se forma mediante uma pluralidade de decisões particulares. Havendo, pois, de concluir-se que os conceitos linguísticos como <<interpretação>>, <<compreensão>>, <<significação>>, <<determinação significativa>> ou não teri-

operar no encontro histórico das molduras do pensamento jurídico, que este mesmo pensamento tem de assumir como um seu principal labor: por certo que o irracional tenciona ao redor da paisagem jurígena, e não é por outro motivo que se lhe aventa uma intencionalidade metodológica, uma vez que, não obstante um *decisium* final se imponha, muitas decisões particulares a ele cortam sem pena: quiçá pensá-las, ainda que com esmero, não resolva no todo o “problema do direito”, mas certamente poderá nos livrar de uma “juridicidade amplamente desatinada”, bem como, talvez o mais importante, da delirante irresponsabilidade. Sobretudo na *atualidade* essa empreitada parece emergencial, haja visto a “condição des-estrutural” em que se encontra hoje o pensamento jurídico, como que lançado no assim chamado *diferendo* de pretensões normativas – quando não verdadeiramente isento de um específico “modelo” prático: contudo, com essa toada estamos já a adentrar a temática que tomará conta do nosso próximo desafio, o repto de uma *reescrita* da juridicidade.

am correspondência no jurídico <<trabalho com textos>> ou deveriam ser corrigidos para poderem ser utilizados nesse tão específico trabalho de sentido institucional-normativo e prático-decisório.”

CAPÍTULO II

O Direito no *diferendo*.

*

“Será ela também o sentido da ‘vida’? É a vida definida pelo organismo ou, pelo contrário, o organismo é definido pela vida? E consequentemente, será a essência do organismo a ‘organização’, que se encontra presente como um sistema de sua própria variedade, ou o ‘órgão’ que atua através da organização e ao mesmo tempo a serviço de um interesse submetido às suas condições? O sistema é condição da vida, ou ele é a própria vida? Será o dinamismo da condição o conteúdo do condicionado? Será que tensão e distensão são o mesmo que desejo e satisfação? Que o equilíbrio que ocorre quando se alcança o objetivo é ele próprio o objetivo? Que a perfeição do estado do sistema é a perfeição da vida? Conservação será meio ou fim? Será a perfeição do estado do sistema a perfeição da vida? Os modos da abertura para o mundo – o sentir, o ver, o agir – serão apenas um meio, ou serão o próprio porquê da conservação? Serão aparelhos para regular e estabilizar um aparelho, ou atuação do próprio impulso vital, que no objetivo transcende o aparelho? – Estas são alguma das perguntas com que precisa ser examinada a adequação e os limites do fenômeno da vida.”

(Hans Jonas. *O princípio vida*)

*

Impõe-se agora confrontarmo-nos com um nosso segundo desafio. Desafio esse que, uma vez subsumido no vocabulário que compõe a experiência jurisprudencialista, podemos aqui ostentar como sendo um verdadeiro *problema jurídico*¹⁶¹: cuida-se, muito pontualmente, daquele problema que projeta no campo dos estudos jurídicos

¹⁶¹ No sentido mesmo de *problema do direito*, como ensina-nos a percebê-lo Castanheira Neves e na atualidade, no *diferendo* da juridicidade, Aroso Linhares. A respeito dessas diretrizes, conferir a síntese da preocupação sócio-antropológica do *jurisprudencialismo*, em: *Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – ou as condições da emergência do direito como direito*. In: Digesta. V 3, Coimbra: Coimbra, 2008, p. 09/41. Também esclarecedor é: *O Direito hoje e com que sentido? O problema actual da autonomia do direito*. Ambos de autoria de CASTANHEIRA NEVES. E, com o segundo, impõe-se lermos: “Como se o problema do gênero *direito* passasse a ser o do <<compromisso>> (teoreticamente traduzível) de um discurso que só se quer gramática – e que só se diz gramática (e que só se simplifica numa teia de vínculos sintagmáticos) – para <<dominar>> (circunscrever, prescrever) as suas próprias condições de <<comunicação>>-diálogo mas então também para garantir que estas (e as regras de relevância e de comprovação que as traduzem) esqueçam a sua <<dimensão simbólica originária>> ou confirmem o exílio logrado e irreversível do <<mito>> que as tornou historicamente possíveis.” AROSO LINHARES, José Manuel. *Entre a reescrita pós-moderna da modernidade e o tratamento narrativo da diferença ou a prova como um exercício de passagem nos limites da juridicidade*. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 436.

cos e de uma possível *reescrita* da “teoria” do direito uma exigência categórica e bastante específica, qual seja a de que corretamente destampemos e assim façamos luzir a *historicidade* do pensamento jurídico e da ocorrência do direito no hoje ¹⁶². É este, desde logo, o segundo *tempo* do direito – o implacável tempo da *societas* – que então convocamos e ao qual terá de se manter atento todo aquele que pretenda operacionalizar o *pensamento jurídico* (e suas reflexões como um todo) para além dos “limites estruturais” do assim chamado direito-objeto ¹⁶³: em suma, que ambicione inscrever na continuidade do pensamento jurídico alguma inferência relevante, e, por conseguinte, *normativa*, tanto em suas considerações ou dimensões teóricas quanto no seu trato prático e judicativo (mesmo no contencioso) frente à atualidade dos problemas do direito

164

Com efeito, parece hoje um tanto forçosa a assunção teórica do pressuposto segundo o qual uma adequada (senão ao menos *coeva*) compreensão-*apreensão* dos limites da juridicidade está a exigir do jurista que compreenda-*apreenda* igualmente bem o ambiente social e cultural em que o direito ancora a sua realização. Não é outra a intenção que nos acorre neste capítulo: isto é, quer-se distribuir alguns traços fundantes do desenho jurisprudencialista, mas tangenciando especificamente a sua percepção acerca da relação entre direito e sociedade na atualidade: esclareça-se, portanto, que quando se fala aqui em historicidade do direito está-se a referir a essa implacável atualidade de sua ocorrência. Dessa forma, e na esteira de uma tal aspiração, encontrar-se-á

¹⁶² Trata-se, afinal, de lançarmos o direito (com as especificidades até aqui referida) no *societas* desse *hoje*, isto é, compreendê-lo no presente, em sua *atualidade*. Esse desafio parece-nos bem sintetizado por Aroso Linhares: “Que desafio? Aquele que expõe a nossa circunstância presente – e esta como uma situação histórico-existencial irrepitível (dominada pela fragmentação e pela heterogeneidade dos discursos, se não pela hipertrofia da *discursividade*) – à urgência de discurtir-reinventar (*Thématiser*) uma *vocação integradora*. Uma vocação integradora sustentada nas possibilidades de uma *validade transsubjectiva* e de uma intenção *axiológica*... mas então também na oportunidade de convocar os *princípios normativos* como autêntico *jus*.” AROSO LINHARES, José Manuel. *O dito do direito e o dizer da justiça*. In: Entre discursos e Culturas Jurídicas. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 235. Ver também, do mesmo autor: *Entre a reescrita pós-moderna da modernidade e o tratamento narrativo da diferença ou a prova como um exercício de passagem nos limites da juridicidade*. Op.Cit., pp. 274 e seguintes.

¹⁶³ Estamos a nos referir aos limites da experiência normativista do direito, cuja arquitrave é, bem se sabe, a teoria pura do direito. Nesse sentido: “A teoria pura do direito é uma teoria estrutural do direito. Também nela, portanto, retorna aquele conflito fundamental entre estrutura e história (...). Uma teoria jurídica estrutural é, portanto, a-histórica: pretende descrever o direito como ele é, mas não se interessa por sua gênese ou evolução.” LOSANO, Mario G. Sistema e Estrutura no direito, V. 2. Op.Cit., p. 121.

¹⁶⁴ Quanto à reescrita a que chamamos atenção no início do parágrafo: “Não se trata com efeito de reivindicar a liberdade de um processo de <<reescrita>> - de o dizer estranho a uma (qualquer) pressuposição estabilizada da temporalidade e neste sentido capaz de superar e de <<perverter>> a hierarquia de distribuição que esta determina –, trata-se também (e trata-s sobretudo) de tematizar e de defender (ou de <<apresentar negativamente>>) uma tal liberdade.” AROSO LINHARES, J. *A diferença como <<diferendo>> e interdiscurso*... Op.Cit., p. 265.

abaixo aportes *para* uma possível e quiçá necessária *reescrita* da “teoria” do direito – como ensina Aroso Linhares – como “pensamento jurídico”: ou seja, apontamentos para uma “teoria” jurídica que tenha por base de trabalho e de reflexão um “objeto” que em verdade não se dispõe rigorosamente como “objeto unitário” (o assim chamado direito-objeto de uma consumação cognitivista da juridicidade), antes como efetivo “pensamento jurídico”¹⁶⁵. Para tanto, e isso se esclarecerá logo mais, lançaremos mão de duas categorias básicas, cada qual a nos indicar caminhos diversos (e entre si antagônicos) no enfrentamento com essa atualidade do direito, quer dizer, de sua relação com a sociedade contemporânea: trata-se das categorias de *sistema* e de *diferendo*¹⁶⁶.

O que pretendemos deixar assentado – antes de seguirmos para o capítulo final deste trabalho – é que o pensamento jurídico (como instância normativa garante de uma autonomia reflexiva ao direito) encontra-se hoje como que lançado ou dominado

¹⁶⁵ Algo que a historiografia jurídica do *estilo florentino* já há muito percebeu, como salienta PIETRO COSTA: “O uso da dogmática hodierna é, assim, instrumento de inteligência do direito passado: mas, gostaria de dizer, um instrumento de inteligência no sentido forte. O pensamento jurídico não vale para o historiador do direito simplesmente como um critério de seleção dos textos, um repertório de perguntar, um léxico empregável na própria “narrativa”; a dogmática hodierna serve ao jurista para compreender historicamente aquela que é a verdadeira e própria essência do objeto “direito”, tanto no presente quanto no passado. A dogmática hodierna serve, assim ao historiador do direito para compreender os elementos essenciais, os significados ocultos da experiência jurídica do passado: a dogmática jurídica é o “nome” melhor para “coisa” jurídica do passado.” COSTA, Pietro. *Soberania, Representação, Democracia. Ensaios de história do pensamento jurídico*. Op.Cit., p. 33.

¹⁶⁶ A categoria de *diferendo* vem sendo utilizada por Castanheira Neves e Aroso Linhares para referir a relação truncada entre o direito (como pensamento jurídico) e a realidade normativa da sociedade contemporânea (vista sob o enfoque de uma filosofia da linguagem: *a linguagem como vínculo social*). Os juristas portugueses buscam referida categoria no âmbito da *filosofia da linguagem* de Jean-François Lyotard e a aplicam à concepção de juridicidade pela qual advogam, compondo ela o atual vocabulário da visão *jurisprudencialista* da juridicidade. Como à frente deve ficar mais claro, essa categoria permite que se faça uma leitura da relação ente direito e sociedade (mas também com *as justiças*, como veremos no capítulo seguinte) a partir do próprio *pensamento jurídico*, isto é, ela permite que tracemos essa relação não mais concebendo o direito como mero “objeto” (conjunto de normas ou sistema normativo), mas como verdadeiro “pensamento jurídico”. Dessa forma, é o “pensamento jurídico” e não as “normas jurídicas” (tradicionalmente, numa “perspectiva cognitivista”, concebidas como o direito-objeto da ciência jurídica) que se encontraria atualmente no *diferendo*. O *diferendo* no direito demarca a impossibilidade de se fazer justiça às pretensões de normatividade que a ele se dirigem. Como há uma miríade de possíveis justiças e respectivas teorias da justiça (aí o *diferendo*), e veremos isso ficar mais claro no capítulo seguinte, afirmar tão só uma delas seria também uma injustiça, na medida em que firma como *justo* ignorar que nem todos querem essa mesma justiça. Desde já, para um estudo desse novo olhar no âmbito do pensamento jurídico, Cfr.: LYOTARD, Jean-François. *Le Différend*. Paris: Minuit, 1983. AROSO LINHARES, José Manuel. *A representação metanormativa do(s) discurso(s) do juiz: o “testemunho” crítico de um “diferendo”?* Disponível em: <http://revistas.ulusofona.pt/index.php/rhumanidades/article/viewFile/994/815>. Do mesmo autor: *Entre a reescrita pós-moderna da modernidade e o tratamento narrativo da diferença ou a prova como um exercício de passagem nos limites da juridicidade*. Op.Cit., principalmente, pp. 240 e seguintes. CASTANHEIRA NEVES, A. *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia. Tópicos para a possibilidade de uma reabilitação*. Coimbra: Coimbra, 2003, principalmente, p. 19 e seguintes. WELSCH, Wolfgang. *Unsere postmoderne Moderne*. Berlin: Akademie Verlag, 2002, principalmente, pp. 227/261, sob o título de: *Der Widerstreit oder eine postmoderne Gerechtigkeitskonzeption*.

pelo “horizonte estruturante” de um *diferendo* linguístico e interpretativo – como ensinam percebê-lo Aroso Linhares e Castanheira Neves –, o que sem dúvida acaba por trazer ao “teórico do direito” novos e mais complexos desafios. É nesses termos, portanto, que buscaremos estabelecer a “relação-realidade” acima referida (entre direito e sociedade), o que se fará com a referência à persistência de uma “perspectiva interna”: a necessidade de que se historicize o direito é assumida aqui a partir daquilo que o caracteriza como tal, isto é, o *pensamento jurídico*. A ênfase recairá, por conseguinte, na tentativa de elaborarmos uma reflexão que abarque mencionada relação sem se perder de vista a difícil tarefa de garantir ao direito aquilo que lhe assegura sua autonomia reflexiva e normativa: é por isso, saliente-se, que se trata de uma “perspectiva interna”, ou seja, um olhar que toma como ponto de partida a continuidade do próprio pensamento jurídico para então se encaminhar uma compreensão de seu contexto social.

A relação entre direito e sociedade será perquirida, dessa forma, a partir do espectro que se abre no âmbito do próprio pensamento jurídico: desde já, é somente com a assunção de uma tal “perspectiva interna” que se faz possível assimilar adequadamente a condição estrutural do *diferendo*. Nosso ponto de partida, para tanto, tem necessariamente de ser o pensamento jurídico. Cuida-se, dessarte, de trazermos em destaque e de colocarmos no centro das preocupações do pensamento jurídico contemporâneo um painel de referências que põe às claras uma *inevitabilidade epistêmica* propositadamente ignorada pelo normativismo jurídico¹⁶⁷, qual seja a marca infungível que o *devir da societas* estampa na ocorrência do fenômeno jurídico. Daí decorre o bloco de problemas aos quais nos dedicaremos a seguir, especificamente aqueles que se referem ao questionamento quanto à apreensão do direito em sua atualidade, e para tanto, como já dissemos, lançaremos mão da contraposição das duas categorias acima mencionadas e para nós no todo centrais: o *diferendo* e o sistema¹⁶⁸. Enquanto a pri-

¹⁶⁷ Essa opção, que já vem impressa na teoria pura do direito, fica ainda mais clara na exposição da “teoria normativa do estado”. “A Escola de Viena desenvolve a sua teoria do estado como ciência espiritual porque limita o Estado à estrutura espiritual e, neste sentido, o considera realidade espiritual, isto é, realidade limitada ao âmbito do espírito, existente no âmbito do sentido ou do valor, e não vida real, isto é, não realidade que preenche o tempo e o espaço submetida às leis da causalidade e, portanto, à realidade natural. Para fazer isto, funda-se sobre prova de que o Estado não pode ser concebido como realidade natural, como realidade vital e, portanto, como realidade de eventos psicofísicos, segundo as leis da natureza; porque a específica estrutura unitária que chamamos Estado só pode ser entendida como unidade de um sistema de normas.” KELSEN, Hans. *O Estado como Integração. Um confronto de princípios*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 29.

¹⁶⁸ É possível adiantarmos desde já que a visão com a qual o *jurisprudencialismo* se aparelha – e nós nessa mesma esteira – é a de uma *perspectiva interna*, dando ênfase à categoria de *diferendo* frente

meira dessas categorias (o *diferendo*) nos permite seguir os passos da assim chamada “perspectiva interna”, a segunda (o *sistema*) opta de pronto pela assunção de uma visão externa e global da sociedade e da juridicidade, de modo que sob a epígrafe do sistema o direito será compreendido como mera consequência funcional de uma muito específica teoria geral da sociedade ¹⁶⁹.

Dito isso, e antes de adentrarmos de maneira mais detida na análise dessa “relação-realidade” e de colocarmos em lados opostos as duas perspectivas que aqui serão perquiridas, é relevante esboçarmos algumas notas prévias (como chaves de leitura) que permitirão uma melhor leitura do que se segue. De início, convém esclarecermos o que é afinal o *diferendo*, especificamente no âmbito dos estudos jurídicos que ora nos toca percorrer, ou seja, o dito *direito em diferendo*, uma vez que sabemos tratar-se de categoria um tanto desconhecida ¹⁷⁰. Como acima adiantado, trata-se de categoria que recai (de forma estruturante) sobre o pensamento jurídico, e não propriamente sobre o dito *direito-objeto*, não obstante também acabe o abarcando. De qualquer maneira, é o pensamento jurídico – e não o “*direito-objeto*” ou a “*norma posta*” – que na atualidade tem de conviver com essa condição estrutural do *diferendo*.

De outro lado, a metáfora do *diferendo* ensina-nos a perceber que o espaço específico do direito, o pensamento jurídico como instância de uma “reflexividade au-

à noção de sistema. Assim, a relação entre direito e sociedade é vislumbrada a partir da expressão da *societas* no âmbito mesmo do pensamento jurídico. Como já dissemos, essa expressão se dá com a estrutura do *diferendo*, ou seja, a complexidade social é que lança o pensamento jurídico na estrutura do *diferendo*. Nesse sentido, Cfr.: CASTANHEIRA NEVES, A. *Entre o <<legislador>>, a <<sociedade>> e o <<juiz> ou entre <<sistema>>, <<função>> e <<problema>> - os modos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito*. In: *Digesta 3, Op.Cit.*, pp. 161/199. É interessante anotarmos aqui a crítica de Theodor Adorno à categoria de “sistema” como chave de leitura da *societas*: “Se a sociedade fosse compreendida enquanto sistema fechado e, com isso, irreconciliável com os sujeitos, ela se tornaria por demais penosa para os sujeitos, se eles ainda se mostrassem como algo desse gênero. A pretensa angústia existencial exprime a claustrofobia da sociedade que se transformou em sistema.” ADORNO, Theodor. *Dialética Negativa*. Rio de Janeiro: Zahar, 2009, p. 29.

¹⁶⁹ Para um estudo aprofundado acerca da entrada do conceito de *sistema* no campo jurídico, desde sua imemorial aparição no teologia, diferenciando o sistema interno e o sistema externo, este último como momento de reflexão sistemática sobre textos, conferir: LOSANO, Mario G. *Sistema e Estrutura no Direito. Das origens à escola histórica, volume 1; Sistema e Estrutura no Direito. O século XX, volume 2; e, Sistema e Estrutura no Direito. Do século XX à pós-modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, respectivamente, 2008, 2010, 2011. Especificamente o volume 3 é dedicado à teoria dos sistemas, à cibernética e ao estruturalismo nos estudos jurídicos. Conferir, igualmente: GUÉRIOS CURI, Ivan. *A ideia de sistema no direito: um dilema para (re)pensar*. In: *Separata de Liber Amicorum*. Homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes. Coimbra: Coimbra, 2009, pp. 469/488.

¹⁷⁰ Como já dissemos, o *diferendo* é categoria que compõe o atual vocabulário jurisprudencialista, de modo que uma experiência jurídica que adote tal espectro não pode deixar de referenciá-la. Cfr.: AROSO LINHARES, José Manuel. *A representação metanormativa do(s) discurso(s) do juiz: o “testemunho” crítico de um “diferendo”?* Op.Cit., p. 108.

tônoma”, não está atualmente povoado por apenas uma voz ou tão só um modelo de juridicidade, antes o contrário. É justamente porque se encontra ele atingido em sua estrutura por uma infinidade de discursos e de pretensões de normatividade (no todo distintas) que não nos será possível falar em “pensamento jurídico” no singular, senão que sempre – e cada vez mais – no plural, isto é, em *pensamentos jurídicos*. Como esclareceremos mais à frente, embora isso não seja novidade alguma, o direito, como fenômeno cultural que é e porque tem ele uma historicidade indelével que o mantém desde sempre conectado ao devir da *societas*, também ele se percebe nessa atualidade como que marcado a ferro pela “estrutura da pluralidade e da diferença” característica das sociedades hiper-complexas ¹⁷¹. O que o diferendo baliza, e nisso vai além da simples “constatação da pluralidade e da diferença” no âmbito jurídico ¹⁷², diz respeito com a dificuldade (verdadeiro desafio) pela qual então tem de passar o jurista na operação de suas decisões e reflexões jurídicas ¹⁷³: uma vez que o seu trabalho se desenrola como

¹⁷¹ Para uma caracterização mais pontual dessas sociedades hiper-complexas, conferir: BITTAR, Eduardo. *O Direito na Pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 156: “Em tempos pós-modernos, se vive simultaneamente de ondas de recuo ao mais longínquo passado e de delírios futuristas, se vive de revitalização do velho, bem como de projetos arrojados, o que nem sempre conciliável do modo mais harmonioso possível. As marcas da pós-modernidade são a polimorfia, a polifonia, a policromia e a polissemia. Fenômenos são vistos e interpretados de modo multimorfo, ou seja, com concepções capazes de conciliar propostas e premissas ditas, tradicionalmente, inconciliáveis.” Não nos esqueçamos das interessantes palavras de Paulo Ferreira da Cunha, para quem “a Post-modernidade chegará ao Direito pela via da sua redescoberta, da sua auto-afirmação. O que poderá conseguir-se através das enormes virtualidades de renascimento do movimento global. A Postmodernidade terá, antes de mais, de propiciar ao Direito o ambiente mental que lhe permita sem complexos reencontrar-se. Ou seja, reencontrar o seu passado e o seu princípio perdidos.” DA CUNHA, Paulo Ferreira. *Pensar o Direito II*. Op.Cit., p. 52.

¹⁷² Vale lembrar que: “O monismo dos dogmáticos correspondeu a uma situação política contingente, à criação dos grandes Estados nacionais, do século XVI ao século XVIII: implantou-se na doutrina continental como um reflexo da monarquia absoluta e consolidou-se em seguida como uma projeção do governo jacobino e da centralização napoleônica. Mas não há nisto nada que se refira à própria essência do direito.” CARBONNIER, Jean. *Sociologia Jurídica*. Coimbra: Almedina, 1979, p. 215.

¹⁷³ Conferir, nesse sentido: AROSO LINHARES, J. *Jurisprudencialismo: uma resposta possível em tempos de pluralidade e diferença?*, pp. 02 e seguintes. Nesse trabalho encontra-se bem desenhada a instauração do diferendo no âmbito do pensamento jurídico. Sua leitura pode ser feita em: <http://pt.scribd.com/doc/62843629/JOSE-MANUEL-AROSOLINHARES-Jurisprudencialismo-uma-resposta-possivel-num-tempo-de-pluralidade-e-de-diferenca>. Ainda: “” esta ou estas enquanto representações específicas do problema da diferença e do seu tratamento: de uma diferença que se diz <<heterogeneidade>> e <<incomensurabilidade>> e de um tratamento que (quando não se confunde com a <<virtude intelectual>> da transversalidade) se assume e se delimita como <<correlação>>, <<passagem>>, <<tradução>> interdiscursivas. Mas decerto também porque convoca aquela prática e estas representações como instrumentos e como soluções de enquadramento de uma experimentação da <<juridicidade do presente>>: experimentação cuja pluralidade resulta menos das dimensões que considera (e (ou) problematiza) do que do espectro dos interlocutores (e concepções) de que, sem deixar de respeitar aquele enquadramento, nos dá conta. E que é tanto uma <<reescrita>> da modernidade juridicamente relevante – (...) – quanto (e simultâneo) a celebração(-aberturas) de uma alternativa, de um <<discurso>> ou de uma pluralidade de discursos (...).” AROSO LINHARES, J. *A diferença como diferendo e interdiscurso...* Op.Cit., p. 217/218.

pensamento jurídico – este a dinamizar a realização do direito – e estando esse pensamento estruturado no plural, o diferendo faz uma referência à “impossibilidade” (teórica) de escolhermos por um ou outro pensamento jurídico (no âmbito da decisão e da reflexão jurídicas) dentre os tanto possíveis “pensamentos jurídicos”, sem que com isso não se realize alguma injustiça¹⁷⁴.

Esclareça-se. Na medida em que o pensamento jurídico se encontra estruturado nesse diferendo (como estrutura da pluralidade e da diferença que abaliza a uma série de *pensamentos jurídicos*), a escolha do jurista entre um ou outro “caminho normativo” para o direito operaria, inevitavelmente, alguma injustiça para com os caminhos então deixados de lado e não percorridos. É daqui que decorre a atual perplexidade do jurista. Ademais, o ponto de partida dessa compreensão diz que, uma vez superado o modelo tradicional de pensamento jurídico (o modelo normativista), o jurista encontra-se como que desterritorializado, sem qualquer outro modelo mais denso (normativamente falando) para uma atuação prática segura, ao passo que, ao mesmo tempo, não parece desde já possível colocarmos de forma hierarquizada todas as novas pretensões de sua reterritorialização. Não se perca de vista que uma vez que o direito passa a ser concebido, sob o espectro de um jurisprudencialismo, como fenômeno dinamizado em sua ocorrência pelo próprio pensamento jurídico, de modo tal que o direito-*objeto* como que perde sua autoridade até então prevalente, os caminhos do direito passam a ser determinados pelos *mapas* que o próprio pensamento jurídico, ele mesmo, elabora. Ocorre que, sem o respaldo do modelo normativista e abandonado no diferendo, esses mapas não expressam outra coisa senão aquela infinidade de possíveis perspectivas (como estrutura da pluralidade e da diferença hoje dominante na *societas*), como característica inegável das ditas “sociedades hiper-complexas”, e a dificuldade de operar uma decisão. Desse modo, o que a experiência jurisprudencialista percebe, com a utilização da categoria em questão, é que não se faz possível escolher – frise-se – um des-

¹⁷⁴ Ou seja, uma vez que a diferendo marca a pluralização de pensamentos jurídicos, isto é, que não há hoje apenas um pensamento jurídico, mas uma miríade de pensamentos jurídicos, cada qual com uma diferente pretensão normativa e de realização da juridicidade, o que se argumenta é que se faz impossível a escolha de algum desses pensamentos ou pretensões de juridicidade sem que com isso (*ato contínuo*) se esteja a dispensar um sentimento de injustiça aos demais pensamentos e às demais pretensões de juridicidade não escolhidas. Ao se escolher um desses discursos, inevitavelmente nega-se justiça a outro. No que toca às “teorias da justiça”, que serão tratadas no capítulo seguinte, isso fica mais claro: pense-se no caso de o direito ter de escolher entre uma visão *liberal* e uma visão *comunitarista* da justiça. Escolhendo uma, a outra se vê negada e portanto injustiçada. Daí o argumento de que, para realizar um *justo jurídico*, e não estritamente político (como é o caso dessas “teorias da justiça”), o direito e o pensamento jurídico têm de romper com o próprio diferendo. Mas isso veremos no capítulo seguinte.

ses mapas sem que com isso se franqueie (em ato contínuo) a tantos outros mapas algum sentimento de injustiça¹⁷⁵.

Nesse sentido, o diferendo lembra-nos quanto à impossibilidade de se realizar *uma teoria da justiça* – parafraseando o título do livro seminal de *John Rawls* – na atualidade, mormente no âmbito de trabalho do pensamento jurídico, haja vista justamente aquela quantidade de caminhos passíveis de se trilhar. É por isso que, como veremos, o diferendo não traz pronta qualquer resposta ao *problema do direito*, antes o contrário, o que ele faz é demarcar e acentuar ainda mais a sua problematicidade no presente¹⁷⁶. Não é por outro motivo que, como salienta *Aroso Linhares*, o diferendo nos faz abrir os olhos para a necessidade de uma sua superação, isto é, para a superação do próprio diferendo, o que se deve fazer por meio de um pensamento jurídico que opere suas reflexões no espaço da “prática litigiosa” (no *contencioso*), no intento de encarar e realizar o *justo jurídico*: como veremos no próximo capítulo, é porque o diferendo refere essa impossibilidade de justiça que se faz forçoso ao próprio pensamento jurídico ultrapassá-lo, o que se leva a cabo com a identificação do “problema específico do direito”¹⁷⁷. Aqui, neste segundo tempo do direito, o que nos interessa primordialmente é compreender esse diferendo – deixando o desafio de ultrapassá-lo para o capítulo seguinte – como estrutura que se impõe determinante no âmbito do pensamento

¹⁷⁵ “A la différence d’un litige, un différend serait un cas de conflit entre deux parties (au moins) qui ne pourrait pas être tranché équitablement faute d’une règle de jugement applicable aux deux argumentations. Que l’une soit légitime n’impliquerait pas que l’autre ne le soit pas. Si l’on appliquait cependant la même règle de jugement à l’une et à l’autre pour trancher leur différend comme si celui-ci était un litige, on cause un tort à l’une d’elles (au moins, et aux deux si aucune n’admet cette règle). Un dommage résulte d’une injure fait aux règles d’un genre de discours, il est réparable selon ces règles. Un tort résulte du fait que les règles du genre de discours selon lesquelles on juge se sont pas celle du ou des genres de discours jugés/s. (...) Le titre du livre suggère (par la valeur générique de l’article) qu’une règle universelle de jugement entre des genres hétérogènes fait défaut en général.” LYOTARD, Jean-François. *Le Différend*. Op.Cit., p. 09.

¹⁷⁶ “Sendo certo que este é o primeiro passo para uma procura interior entregue a (ou aberta a) uma pluralidade <<heterogênea>> (e <<incomensurável>>) de <<regras de criação>> e de <<formas de análise e de juízo>> - outras tantas *Grundmöglichkeiten* que sem renunciar a uma pretensão de validade universal se constituem (cor)respondendo e *para corresponder* à multiplicação-pulverização dos <<estilos>>, das <<maneiras>>, dos sistemas-<<ismos>>.” ASORO LINHARES, J. *A diferença como <<diférendo>> ei interdiscurso...* Op.Cit., p. 244.

¹⁷⁷ Como veremos no próximo capítulo, ultrapassa-se o diferendo dele se distanciando, de modo que, no âmbito jurídico, trata-se de caminhar no território do *litígio* e dos problemas-*casos concretos*, buscando aí não a confirmação de algum dos discursos em diferendo (como é o caso das diferentes “teorias da justiça” que visam domar o direito), mas um momento próprio, concebido como *justo jurídico*. Nesse sentido, Cfr.: RICOEUR, Paul. *O justo I*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 03.

jurídico em decorrência da inevitável relação que o direito mantém, desde sempre, com *a societas*¹⁷⁸.

Dessarte, embora essa condição estrutural do diferendo deva mesmo ser ultrapassada – o que ocorre, repita-se, com a correta identificação daquele que é o “problema específico do direito” –, a adequada realização do direito e do pensamento jurídico, sobretudo quando tencionada metodologicamente (sob o enfoque jurisprudencialista), não pode ignorar referida condição, sob pena de falhar na compreensão do *status* dessa sua metodologia. Não é por outra razão que, tendo em vista desde logo o que se dirá no capítulo subsequente, quando trataremos mais acentuadamente essa intenção à *metodologia* e sua relação com a noção de justiça, impõe-se compreender ao certo a estrutura do diferendo. E, como dissemos, faremos isso, neste capítulo, com uma sua contraposição à noção de “sistema” trabalhada no âmbito da “teoria dos sistemas”. Tal contraposição se faz forçosa – como ensina *Castanheira Neves* – especificamente porque, assim como se dá com o jurisprudencialismo, também o *funcionalismo jurídico*, representante-mor da “visão sistêmica do direito”, não ignora o contato visceral do direito e da teoria jurídica com as complexidades do campo social¹⁷⁹. Como veremos logo à frente, é nessa medida que tanto o funcionalismo jurídico (tanto o material com o formal) quanto o jurisprudencialismo diferenciam-se claramente do modelo normativista da juridicidade. E uma vez que aqui estamos a pender ao “espectro jurisprudencialista”, essa contraposição se nos mostra de fato infungível e mesmo fulcral para a adequada delimitação da *experiência jurídica* a que se chama atenção.

¹⁷⁸ “O reconhecimento e o diagnóstico da efetivamente profunda situação problemática com que hoje se oferece a juridicidade teriam de ser complexos e extensos se quiséssemos ser completos. Pois obrigar-nos-iam a considerar dois planos diferenciados, ainda que convergentes: o plano que se dirá contextual ou “externo” – e que tem a ver com as condições histórico-culturais codeterminantes do sentido do direito, do seu sentido e mesmo da sua possibilidade – e o plano directamente jurídico ou interno – e em que se manifestará a crise imanente da juridicidade no seu próprio e actual universo, a atingir igualmente o sentido do direito, mas na sua imediata assunção, o seu relevo e modo possível de afirmação na contemporânea realidade humana, humano-social, o modelo do seu tipo de pensamento e de racionalidade, etc.” CASTANHEIRA NEVES, A. *O direito interrogado pelo tempo presente na perspectiva do futuro*. In: *O Direito e o Futuro, o Futuro do Direito*. AVELÁS NUNES, António e MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson. (Org.’s). Coimbra: Almedina, 2008, p. 12.

¹⁷⁹ “Chega-se aqui ao ponto crucial dessa teoria formal do direito: a relação entre a validade do ordenamento jurídico e o poder político, a cabeça da Górgona que Hans Kelsen vê erigir-se por trás do ordenamento jurídico. A teoria pura do direito pretende explicar o direito unicamente por meio do direito e, portanto, recusa fundar sua validade sobre o dado da realidade que é o poder. Disse resulta uma construção teórica convincente, mas não exaustiva: de fato, ela explica a estrutura do direito já existente, mas não sua origem, sem sua função.” LOSANO, Mario. *Sistema e Estrutura no Direito*. V 2.Op. Cit. pp. XXXIII.

Como é notório, porquanto se tenha tornado já um verdadeiro adágio do pensamento jurídico contemporâneo, a atualidade dos “estudos jurídicos” não admite que o “teórico do direito” se limite a pensar o fenômeno jurídico ignorando sua historicidade, ou tendo em mente tão só o dito “direito positivo”, como se pretendeu num arranjo estritamente normativista da juridicidade¹⁸⁰. O trabalho do jurista, acompanhando o seu “objeto” de estudo, tornou-se de fato mais complexo. Diante disso, mostra-se mesmo forçoso que ele percorra em seu labor não apenas a tradicional dimensão estrutural do “direito objetivo”, mas também e sobretudo o ambiente social (a *societas*) no qual o fenômeno jurídico ancora a sua ocorrência¹⁸¹. Com efeito, “separar o joio do trigo” e pronunciar afinal *o que é o direito* – e, por conseguinte, apreender as suas especificidades (balizando com isso a *estética jurídica*) –, e delimitar o espaço em que se opera a sua “gramática própria” é sem dúvida o problema capital do jurista. A tal problemática mantém-se ele, assim se espera, como que desde sempre atento. Ocorre que tal empreitada, embora certamente benfazeja, não esgota satisfatoriamente a sua responsabilidade teórica e reflexiva¹⁸². Será sempre necessário que ele se lance *no concreto* – e, com isso, historicize o direito –, de modo que se impõe a ele perquirir a *historicidade* (a atualidade) sempre instável do direito¹⁸³. Deve o jurista, portanto, colo-

¹⁸⁰ Não é por outro motivo que *Josef Esser* tenha voltada suas atenções às assim chamadas “forças de controle da jurisprudência”: “En contrastant la vie et la richesse de ces formes nouvelles avec les conceptions de la loi j’arrive à um tableau de droit actuel – law in action – ou les efforts de la doctrine et de la jurisprudence ne jouent pas le rôle de purs commentaires, mais de vraies sources du droit.” ESSER, Josef. *La methode sociologique dans les etudes de droit contemporain en Allemagne*. In. *Methode sociologique et droit*. Paris: Paris Librairie Dalloz, 1958, p. 212.

¹⁸¹ É o que ensina *Jean Carbonnier*: “Le tempos de la stricte exégèse est tout de même passé, et les civilistes les plus réservés à l’égard de la sociologie juridique reconnaissent volontiers aujourd’hui qu’elle peut apporter (outre des ouvertures nouvelles et comme um supplément de culture générale) des renseignements précieux sur les causes et les conséquences de chaque règle de droit, sur sa formation et sur son application. Les forces créatrices du droit, ce sont des forces sociales: représentations, revendications, pratiques collectives. Il est du rôle de la sociologie d’étudier ces faits sociaux, et ce faisant, elle contribue à la connaissance du droit.” CARBONNIER, Jean. *La methode sociologique dans les etudes de droit contemporain*. In. *Methode sociologique et droit*. Ibidem., p. 193.

¹⁸² Daí não ser essa afinal a questão central para o jurisprudencialismo: “Não é correcto dizer (como é frequente)... os diversos <<conceitos de direito>>. Falar de *conceito* implica, com efeito, partir de uma compreensão epistemológica cognitivista (que nos autorize a perguntar <<o que é o direito?>> e a pressupô-lo como uma <<realidade>>-objeto auto-subsistente), condicionando assim (implícita ou explicitamente) todo o desenvolvimento possível. (...) Como veremos, algumas das mais significativas propostas do nosso tempo (aquelas que poderemos designar funcionalistas e jurisprudencialistas) recusam, com efeito (e com importantes repercussões na perspectiva e nas soluções que defendem), a possibilidade de uma abordagem cognitivista.” AROSO LINHARES, J. *Introdução ao pensamento jurídico contemporâneo*. Op.Cit., p. 03.

¹⁸³ Como ensina *Bergson*: “Fora do domínio propriamente humano, quero dizer, social, o verossímil quase nunca é verdadeiro. A natureza pouco se preocupa em facilitar nossa conversação. Entre a

car-se sempre novamente a pergunta *o que é o direito hoje*, questionando-se acerca do “sentido material” que dele está a tomar conta a cada novo momento, assentando essa sua atualidade histórica ¹⁸⁴.

É tendo isso em vista, e assumindo esse caminho, que ora pretendemos sublinhar o contraponto (categórico) acima mencionado, no intuito de polarizar diante de nós as duas possíveis posturas compreensivas e analíticas da *societas* (e assim também do direito) também já referenciadas. Não se deve perder de vista que se trata, com efeito, de perspectivas bastante distintas, com apostas e motes reflexivos no todo antagônicas, não obstante estejam ambas voltadas a uma mesma e única “relação-realidade”. Saliente-se, portanto, que a partir do olhar que avoca a “inevitabilidade epistêmica” em questão não se nos afigura somente um caminho teórico viável, como se cogente nos fosse trilhá-lo, e como se houvesse, afinal, uma única e infungível “grande narrativa” apta à tradução do fenômeno jurídico em sua atualidade. Em verdade, o que se dá é justamente o contrário: uma vez que se ostente uma continuidade entre o “campo jurídico” e o “campo social”, desponta diante do teórico do direito e do jurista como um todo uma inevitável pluralidade de possíveis enfoques, como verdadeira infinidade de caminhos e perspectivas passíveis de serem trilhados. Certamente que não se pretende aqui fazê-los vir à tona em sua totalidade, não nos tocando em verdade qualquer intenção de exaurir a temática em questão. Fique claro, sendo assim, que nos restringiremos a considerar dois enfoques bastante específicos e diferenciados entre si, os quais se nos fazem centrais porque, como dito, polarizam ainda mais as propostas e respectivas experiências de juridicidade do “jurisprudencialismo”, de um lado, e do “funcionalismo jurídico”, de outro.

Como já dissemos, ainda que em linhas muito gerais, a perspectiva à qual ora estamos a nos aproximar assenta seus trilhos a partir da assunção de um olhar também

realidade concreta e aquela que teremos reconstruído *a priori*, que distância!” BERGSON, Henri. *O Pensamento e o Movente*. Martins Fontes: São Paulo, 2006, p. 93.

¹⁸⁴ E mais uma vez com Pietro Costa: “A dogmática jurídica, portanto, exprime a essência da experiência jurídica em todo o arco de seu desenvolvimento e torna possível o diálogo entre presente e passado sob a insígnia da continuidade da tradição; respectivamente, a história do direito se move a partir do saber jurídico enriquecendo-o com os outros aportes da tradição por ela revisitada e reconstruída.” COSTA, Pietro. *Soberania, Representação, Democracia. Ensaio de história do pensamento jurídico*. Op.Cit., p. 33. “Em vez de negá-la, nós reivindicamos nossa condição efêmera. Não queremos renunciar ao medo e ao aguilhão do fim; insistimos, mesmo, em defrontar-nos com o nada e ter a força de conviver com ele. Assim o existencialismo, este rebento extremo do clima espiritual moderno, ou da desarmonia espiritual moderna, lança-se nas águas da mortalidade sem a segurança de nenhum salva-vidas escondido.” JONAS, Hans. *O princípio vida. Fundamentos para uma biologia filosófica*. Vozes, p. 258.

bastante característico, dentre tantos olhares hoje igualmente viáveis, acerca da experiência jurídica ¹⁸⁵. Sob o espectro que então se abre, se falamos numa diferenciação categórica entre “funcionalismo jurídico” e “jurisprudencialismo”, não podemos deixar de esclarecer que nosso caminho vai como que indicado por este último. Na medida em que cada um desses olhares admite leituras diferentes não só do direito, mas também da *societas* e mais especificamente da relação direito-*societas* – aparecendo-nos aí aquelas duas categorias que pretendemos analisar –, também não podemos deixar de esclarecer, desde logo, que é o *diferendo*, e não o sistema, que nos permitirá abarcar tal relação de modo mais satisfatório. Dessa forma, podemos encetar, desde logo, que o sistema está mais ligado á perspectiva do funcionalismo jurídico, enquanto que o *diferendo* serve e compõe o vocabulário específico do espectro jurisprudencialista ¹⁸⁶.

Assentadas essas diferenciações e premissas básicas, podemos prosseguir. Antes, porém, de adentrarmos de maneira mais detida nas contendas entre sistema e *diferendo*, é importante não deixarmos de frisar *um segundo contraponto*, este também no todo crucial à adequada apreensão das continuidades e discontinuidades que se impõem no atual quadro da juridicidade, mormente quando percebida no contato com o seu meio-ambiente. *De um lado* aparece-nos a já aludida noção de *societas* como espa-

¹⁸⁵ Assim inicia o jurista português um de seus últimos livros: “Dúvidas profundas sobre o sentido do direito no nosso contexto histórico-social e cultural, com quebra do modo tradicional e dominante da normatividade jurídica, e a provocarem forte perplexidade pela opção necessária entre perspectivas divergentes da juridicidade que se oferecem como actualmente possíveis – é esta uma situação que bem se reconhecerá num diagnóstico generalizável.” CASTANHEIRA NEVES, A. *A crise da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia. Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 07. Trata-se, dessa forma, de “invocar a lição do pari de Pascal... para assim mesmo reconhecer que, prosseguindo este caminho, podemos não ganhar nada... ou tudo ganhar”. PASCAL, em *Les pensées*: “*Il faut parier (...) et (...) cela n'est pas volontaire, vous êtes embarqué*”: “Examinons donc ce point, et disons Dieu est, ou il est pas... Que gagerez-vous?... Il faut parier et cela n'est pas volontaire, vous êtes embarqué... Pesons le gain et la perte en prenant croix, que Dieu est. (...) Vous avez deux choses à perdre : le vrai et le bien, et deux choses à engager : votre raison et votre volonté, votre connaissance et votre béatitude; et votre nature a deux choses à fuir : l'erreur et la misère. Votre raison n'est pas plus blessée, en choisissant l'un que l'autre, puisqu'il faut nécessairement choisir. Voilà un point vidé. Mais votre béatitude ? Pesons le gain et la perte, en prenant croix que Dieu est. Estimons ces deux cas : si vous gagnez, vous gagnez tout; si vous perdez, vous ne perdez rien. Gagez donc qu'il est, sans hésiter.”

¹⁸⁶ Desde logo: “Numa palavra, o direito exige ser pensado na sua juridicidade e com o sentido que ele, como direito, implica, não pode ser pensado segundo modelos porventura justificados para outros domínios e numa analogia tão só postulada pela categoria de “sistema”. A autonomia do direito tem, pois, de ser pensada normativo-juridicamente e não de outro modo.” CASTANHEIRA NEVES, A. *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia. Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 58. De outro lado, mas no mesmo sentido: “A forma do sistema é adequada ao mundo que, segundo seu conteúdo, se subtrai à hegemonia do pensamento; unidade e concordância são, porém, ao mesmo tempo a projeção deformada de um estado pacificado, que não é mais antagônico, sobre as coordenadas do pensar dominante, repressivo.” ADORNO, Theodor. *Dialética Negativa*. Op.Cit., p. 29.

ço-mundo que não pode ser ignorado pelos atuais projetos do pensamento jurídico (em razão, sobretudo, da ubiquidade fenomênica que o caracteriza ¹⁸⁷, como bem notou Paolo Cappellini), com o que se nos informa evidentemente superada a aposta de uma “cegueira ao social”, tão cara ao normativismo jurídico ¹⁸⁸. De outro lado, frente a esse espaço-mundo aparece-nos também uma especificação-institucionalização metodologicamente construída na visão da *communitas* ¹⁸⁹, esta a nos sugerir quanto à possibilidade de seguirmos um viés distinto daqueles engendrados pelas compreensões sistêmicas e da engenharia e da cibernética social ¹⁹⁰. O que temos, com isso, são momentos ou instâncias referenciais que trarão como resposta à chamada *crise do direito*, bem como à crise do pensamento moderno e ocidental, diferentes caminhos e concepções de juridicidade: tudo a depender da opção por uma perspectiva *externa* ou *interna* ao direito. Trata-se, portanto, de dois pólos distintos, cuja consideração e demarcação parece forçosa, sob pena de se abandonar o “devir jurídico” (e, com isso, a possibilidade

¹⁸⁷ “(...) il diritto non costituisce un atteggiarsi del sociale, ma soltanto una patologia di questo, vi sono state gravi responsabilità dei giuristi medesimi e pesa sullo sfondo l’involuzione del diritto all’interno della società e della cultura moderne.” E, p. 24: “Si può in sostanza azzardare l’affermazione che il diritto come complesso di regole, procedimenti, sistemi di giustizia, produzione di intellettuali specialisti, invade ‘interamente’ ogni sfera della società, ogni possibile ambito indagabile, e non può essere amputato dalla ricerca storica sulle società, pena la sua sostanziale invalidazione.” CAPPELLINI, Paolo. *Storie di concetti giuridici*. G. Giappichelli Editore: Torino, 2010, p. 20.

¹⁸⁸ “Il quotidiano ci fa vivere la situazione nei termini di quelli che potremmo chiamare ‘episodi’, intesi come quell’immediatezza, quella realtà interna che si presenta come la cornice di ciò che esiste nel quotidiano. L’uomo vive nell’episodio, a partire dal quale può pensare, agire e partecipare allo sviluppo della situazione. Gli esseri umani, quindi, anche quando attraversano quelle che in seguito definiranno come grandi rotture storiche, lo fanno sempre in modo ‘infinitesimale’, vale a dire nell’episodio e in seno ad esso.” Saliente-se que com essa historiografia não se está a negar a autonomia da história do direito, mas, assumindo-a, percebe-se a historicidade inevitável da juridicidade. Páginas à frente, P. 24, lê-se: “(...) Il diritto há um collegamento *forte* non soltanto com la coscienza delle società, ma altresì con il loro funzionamento. (...) tenga sempre ben presente, sul piano pratico, che il diritto è fenomeno niente meno che incomprensibile se staccato dai rapporti sociali, dalle strutture produttive, dalle dinamiche sociali, dalle mentalità; e di conseguenza, sul piano teorico, l’importanza della cosilogia storica.” CAPPELLINI, Paolo. *Storie di concetti giuridici*, p. 06.

¹⁸⁹ “(...) comecemos pro considerar que uma metodologia só chega a ser tematizada, para se ver submetida a uma crítica e reflexão autónomas, no sentido atrás referido, quando a prática racional do domínio que lhe corresponde e ela pressupõe se tenha tornado problemática, e na forma específica de um problema de segundo grau. Na verdade, a metodologia jurídica (como qualquer outra metodologia) refere-se a um metaproblema. O jurista realiza o direito resolvendo os problemas jurídicos concretos, e o nosso problema é o da própria realização do direito que se cumpre e tem por conteúdo a resolução desses concretos problemas jurídicos. Como que fazendo a *epoché* do que há de particular ou de problemático-juridicamente individualizado nesses problemas concretos, perguntamo-nos crítico-redutivamente pela problematidade jurídica em si mesma e em geral de todos esses problemas.” CASTANHEIRA NEVES, A. *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 1993, p. 23.

¹⁹⁰ Para um estudo aprofundado na análise cibernética da sociedade contemporânea, bem como do fenómeno jurídico, conferir: LOSANO, Mario G. *Sistema e Estrutura no Direito. Do século XX à pós-modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

ainda hoje de sua *realização autônoma*) ao sabor de articulações e projeções no mais das vezes a ele indiferentes ¹⁹¹.

Adiante-se que no que tangencia a postura da visão instrumental do direito (o direito como instrumento) – enfoque esse que se desenvolve sob a alcunha de *funcionalista* e que programa-projeta o direito a partir de um planejamento normativo amplo e concebido *a priori* –, trata-se de perceber que sua proposta se dá como elaboração de caminhos e lugares que se dispõem em instâncias reflexivas (e teóricas) alienígenas à “teoria do direito” e suas problemáticas específicas. Perceber o direito como mero instrumento é, afinal, dissolvê-lo em problemáticas que em verdade não são estritamente jurídicas, de modo que a referência ao “campo jurídico” é feita tão só a fim de instrumentalizar finalidades a ele externas. Não se deve ignorar que essas variadas finalidades – como as referenciadas pelas distintas teorias da justiça – são concebidas não a partir de problemas concretos da teoria do direito, mas como que previamente à própria prática jurídica, isto é, contrafaticamente. Em suma, o que elas fazem – ou pretendem fazer – é vincular a juridicidade a partir de fora, de forma um tanto egoística. Diante de tais postulados, a intenção que aqui nos toca é voltar a uma argumentação de *perspectiva interna*, não egoística, a qual admita que diante dos problemas do direito não se pode ignorar uma processualidade própria à ocorrência jurídica (*Rechtsfindungsprozess*). E para tanto, na esteira do que se escreveu até aqui, o pensamento jurídico deve ser convocado como ponto de partida para a leitura daquela *societas*. Frise-se, portanto, as contraposições que encontraremos logo abaixo para que essa leitura se faça viável: *sistema / diferendo*; *societas / communitas*; e, como grande olhar que a isso ocorre, o *funcionalismo jurídico* / e o *jurisprudencialismo*.

Dito isso, o boco de reflexões que se segue concentra-se num momento bastante específico desse caminhar-procurar que intenta apreender-realizar o direito e a juridicidade no “mundo” *hoje* ¹⁹². Assumindo o espectro que se abre a partir da “experi-

¹⁹¹ É o que se evidencia em: CASTANHEIRA NEVES, A. *O direito hoje e com que sentido? O problema actual da autonomia do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002. Em que, à p. 13, se lê: “(...) *funcionalmente*, por fim, quando no horizonte se anunciam, ou se forjam já, outros reguladores sociais mais eficazes e mais dos nossos dias do que seria o direito: seja a política, com o seu poder, seja a ciência-técnica (a <<tecnologia social>>) com a sua optimização estratégica, seja a economia (com a libertação do mercado) e a sua motivação racionalizada dos interesses, etc.”

¹⁹² “Realidade social que não é, no entanto, para ele [Direito] um objecto pura e simplesmente destacável, numa relação de formal transcendência objectiva, pois o direito é também elemento dessa realidade social na medida em que é chamado a proferir sobre ela (sobre as suas situações e os seus comportamentos) um juízo de validade – e neste sentido é um transcendens perante essa realidade -, o

ência jurisprudencialista”, cuida-se agora de darmos alguns passos no sentido de esboçar a pressuposição que em convergência configura a premência de uma *validade transsubjetiva* – ou “transversal” – do ocorrer jurídico ¹⁹³. O que não é diferente, como ensina Aroso Linhares, de articularmos alguns apontamentos quanto à necessidade de buscarmos *em concreto* o “como” e o “porquê” da exigência de vinculação desse pressuposto (que se impõe ao direito como “compromisso material”) à experiência de realização jurídica e à práxis que a consuma na expectativa da controvérsia-caso. Uma vez que aqui, sobretudo neste segundo tempo do direito, não nos interessa tanto invocar e aprofundar tal pressuposição (e, pois, todo o discurso de *fundamentação* que a baliza ¹⁹⁴), mas especificamente esse seu “como” e seu “porquê”, responsabilizar-se-á, desde logo, a terminologia que nos é sugerida no discurso de Aroso Linhares, bem como a plêiade bibliográfica que marca sua escrita, para então considerarmos aquilo que se tem por *circularidade constitutiva* que não apenas desenha o *modus operandi* do mundo jurídico, mas também – e o mais importante – dá vazão à referida exigência. Com isso ficará esclarecido em que condições se há de assumir hoje essa *perspectiva de validade* (vislumbrada como contexto-horizonte de *sentido* do direito), bem como o correlato de uma sua específica e bastante peculiar práxis de realização...

certo é que não deixa de ser o jurídico uma dimensão da mesma realidade social. Pelo que uma nova exigência se suscita na nossa tentativa de compreendermos o sentido geral do direito, e é a exigência de o referirmos a essa realidade social, à ‘sociedade’, onde ele é simultaneamente critério e elemento.” PAIVA DOS SANTOS, Marcelo. *A democracia brasileira no contexto da periferia latino-americana: o problema da jurisdição e o contributo possível da reflexão metodológica*. Coimbra: Dissertação, 2007, p. 206.

¹⁹³ Embora lancemos mão, aqui, da categoria de *transversalidade*, ela será referenciada de modo mais detido no capítulo seguinte. Por ora, importa salientar que a exigência de uma validade transsubjetiva se impõe ao direito na medida em que se assume sua alocação social contemporânea, isto é, ao se admitir que sua ocorrência é hoje marcada por essa estrutura da pluralidade e da diferença (como *diferendo*), que demanda uma validade coetânea.

¹⁹⁴ Esse o núcleo do problema remetido ao *quê* do direito, concebido como um dos três problemas que a reflexão voltada ao *originarium* do direito hoje nos expõe. “O ‘quê’ do direito – qual o fundamento material que o seu sentido exige constitutivamente a sustentar a sua concreta normatividade? Se a fundamentação jusnaturalista invocava uma acrítica referência já ontológico-metafísica, já antropológica que se revelou insustentável, e a fundamentação racionalista, sob os diversos modelos de auto-constituídas racionalidades procedimentais, implicava afinal pressuposições que a invalidam nesse sentido, não fica excluído que se reconheça na experiência (poderá dizer-se, humano-hermenêutica) da histórico-cultural prática humana e da corresponsabilizante coexistência uma específica intencionalidade à validade em resposta ao problema vital do sentido, e estruturalmente constituída pela distinção entre o humano e o inumano, o válido e o inválido, o justo e o injusto, intencionalidade que se refere sempre e convoca constitutivamente na sua normatividade certos valores e certos princípios normativos que pertencem ao *ethos* fundamental ou ao episteme prático de uma certa cultura numa certa época...>>. CASTANHEIRA NEVES, A. *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia. Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 146.

“... mas então também uma circularidade que nos obrigue a reconhecer nesta práxis – e no <<pensamento>> que a <<pensa>> ou na autorreflexão que este lhe proporciona (*as a heightened degree of attention while performing in the practice*)... e muito especialmente no discurso metodológico que (como patamar deste pensamento) criticamente a reconstrói – uma dimensão constitutiva da primeira (e da vocação integradora que a onera, se não mesmo já do sentido de juridicidade que esta fundamenta).”¹⁹⁵ ¹⁹⁶

Diante disso, infere-se um mote central: temos aqui, afinal, um direito que se nos apresenta em seu devir como *fenômeno vivo* e que em razão disso em sua prática autônoma dispõe de uma *existencialidade* própria, uma por assim dizer *existencialidade jurídica*, a qual, lançada que está ao encontro de tudo aquilo que lhe é diferente (no *diferendo* que hoje lhe ocorre), não deixa de ser constantemente interpelada e mesmo trespassada em sua práxis por aqueles que a experimentam. Trata-se de perceber, portanto, que o direito se funda numa liberdade também de todo própria, uma *liberdade reflexiva* que tem como ponto de partida e como referencial teórico um *transcendens interrogante* autêntico (o próprio questionamento acerca de o seu “*porquê*”) referido a uma prática também autêntica, na qual infirma uma sua axiologia¹⁹⁷. Não se pode per-

¹⁹⁵ AROSO LINHARES, José Manuel. *Jurisprudencialismo: uma resposta possível em tempo(s) de pluralidade e de diferença?* policopiado, pp. 02/05. E assim segue nessas mesmas páginas: “Que outra exigência (de vinculação) senão aquela que Castanheira Neves assume ao convocar uma filosofia do direito *problemática* – a reflexão que a <<hora>> da nossa <<realidade-existência>> (humanamente significativa) está em condições de nos impor? Convocar (exigir) esta filosofia como *autorreflexão* – defendendo que esta encontre o seu ponto de partida (ou o seu problema inicial, dito do *por-quê*) no <<transcender interrogante>> de uma prática – é com efeito pedir-lhe que se nos exponha sob uma dupla face: aquela que a recuperação do *originarium* do jurídico se compreende especificando (autonomizando) um <<intencionalidade ao fundamento>> e a realiza identificando (distinguindo) um modelo inconfundível de pensamento jurídico e o tipo de racionalidade que este cumpre. Como se se tratasse afinal de articular dois momentos ou duas <<dimensões>> (estruturantes) da <<emergência constitutiva da juridicidade>>: a dimensão da validade e a dimensão metodológica.”

¹⁹⁶ “Insofar as one is ever critically reflective, one is critically reflective within the routines of a practice. (...) What most people want from critical reflectiveness is precisely a distance on the practice rather than we might call a heightened degree of attention while performing in practice. (...) Insofar as critical self-consciousness is a possible human achievement, it requires no special ability and cannot be cultivated as an independent value apart from particular situations: it’s simply being normally reflective. It’s not an abnormal, special – that is, theoretical – capacity...” *Fish Tales: A Conversation with “The Contemporary Sophist*. (entrevista concedida por Stanley Fish a Gary Olson), JAC Online (12-02-1992), <http://www.cas.usf.edu/JAC/122/olson.html>

¹⁹⁷ Desde já, como a sistematização de Marcelo Paiva indica: “(...) o modelo de racionalidade jurídica tal como encampado por Castanheira Neves assumiria quatro dimensões. Uma delas adviria da validade pressuposta, que se objetivaria em uma “dogmática”. Dimensão dogmática essa que se constitui problemático-dialeticamente exigindo uma abertura sistemática, ou seja, “...trata-se de uma dogmática que se constitui dialeticamente, porque ao serviço de uma axiologia que se realiza problematicamente.” A validade, por sua vez, seria decorrente do “momento axiológico”, esse sim a dimensão responsável pela definição da “...índole essencial da normatividade jurídica e [que] verdadeiramente a constitui como direito, i. é, como fundamento socialmente incondicional de *validade*.”” PAIVA DOS SANTOS, Marcelo. *A democracia brasileira no contexto da periferia latino-americana: o problema da jurisdição*

der de vista, por conseguinte, que da discussão moderna em torno do *Método* e da *Ciência* – com iniciais maiúsculas – não irrompe muitos frutos na atual problemática que ora nos toca perquirir –, e isso não obstante se faça forçoso assumirmos a “dimensão metodológica” do ocorrer jurídico, como será salientado mais à frente e no terceiro capítulo. Acontece que, nesse caso, cuida-se mesmo de uma metodologia também bastante específica e não estritamente cognitivista.

Daí a *problematicidade* inerente ao pensamento que atualmente assume a ocorrência do direito na perspectiva daquela exigência (exigência de uma validade específica): embora o pensamento jurídico represente essa instância de um *pensar-laborar* que no ato mesmo de tencionar uma apreensão do fenômeno jurídico, a fim de compreendê-lo, impele-o à prática e nisso o realiza em concreto¹⁹⁸, sua estrutura atualmente problemática torna esse trabalho um tanto mais árduo. De qualquer maneira, não se perca de vista que se trata aí de um apreender-realizar que se articula em duas frentes, numa *dimensão de validade* e numa *dimensão metodológica*. De sorte a se firmar, com essas duas frentes, bem como com as reflexões que delas cuidam, uma “autonomia reflexiva ao direito”, frente aos demais discursos de normatividade que dele intentam tomar conta. Atente-se, porém, para algo que já deve ter ficado bastante claro: o fato de se pretender a identificação dessa autonomia não pretende negar a infungível historicidade da juridicidade – e, portanto, sua como que “disponibilidade” histórica. É justamente porque se faz sempre necessário operar a historicização do direito que não se deve ignorar uma sua *insuperabilidade orgânica*, bem como a de uma *perspectiva interna*. De qualquer maneira, esse movimento não é aqui avocado “sem mais”, sem qualquer justificativa. A intenção é, em última análise, abrir um espaço mais a assim chamada reescrita da “teoria” do direito, a qual – como ensina Aroso Linhares – não se realizará satisfatoriamente se não se compreender, como que num pri-

e o contributo possível da reflexão metodológica. Dissertação apresentada ao Curso de mestrado em direito da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Portugal, 2007, p. 205.

¹⁹⁸ “Il discorso di sapere, dunque, non fotografa la realtà, ma costruisce il proprio oggetto: nel momento in cui 'dice la verità', in cui ci parla della 'realtà', in cui ci presenta, e rappresenta, *il mondo* come tale, esso costruisce *un mondo*, il suo mondo – un universo coerente di immagini, simboli, modelli – che intrattiene con la 'realtà' (con l'interazione politico-sociale, congetturale, problematico. Il discorso di sapere moltiplica gli schemi e le immagini: composto di parole, legato consustanzialmente al linguaggio, esso non può arrogarsi alcuna qualità 'fotografica' e mimetica e la sua inesauribile produttività si esplica nel costruire universi le cui correlazioni con dinamica politico-sociale complessiva possono essere poslate richiamate nel concreto dell'analisi, mas assai più difficilmente possono essere descritte con precisione e ricostruite in tutte le loro articolazioni.” COSTA, Pietro. *Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433) – IURISDICTION*. Giuffrè Editore: Milano. 2002, p. XCI.

meiro momento, a condição de crise que perpassa sua escrita tradicional: em suma, essa reescrita apenas ganha ares relevantes após se ter experimentado o *pathos* da “perdição” e de “autocriação” da “situação de abalo” que caracteriza referida crise^{199 200}.

É aqui, ademais, que nos surge o diferendo, a demarcar essa problematidade pela qual passa o direito e o pensamento que o pensa mais do que a nos trazer uma resposta ou solução última, informando-nos, portanto, dessa *hora* de crise a que aludimos. E essa “hora de crise” não é outra senão aquela que nos atesta a impossibilidade de prevalência de um discurso central, um modelo infungível ou uma “grande narrativa” para a juridicidade.

“Uma <<hora>> que – mais de um século depois da especificação programática da *Allgemeine Rechtslehre* (e do seu exemplar *tempo* de *teoria do direito*) – nos obriga a discutir

¹⁹⁹ “Nous poucons aussi nous faire une idée plus claire de notre condition d’hommes par une voie différente, en considérant qu’il est impossible de compter sur quoi que ce soit dans le monde. Quand nous ne nous posons pas de questions, le monde nous apparaît comme l’être en soi. Dans le bonheur, nous jouissons de notre force, nous avons une confiance tout irréflectie, nous ne connaissons rien d’autre que notre présent. Dans la douleur, la faiblesse, l’impuissance, nous désespérons. Et quand ce désespoir est dépassé et que nous vivons encore, nous nous oublions à nouveau et nous nous laissons glisser dans l’hédonisme.” JASPER, Karl. *Introduction a la philosophie*. Op.Cit., p. 20.

²⁰⁰ AROSO LINHARES, José Manuel. *Jurisprudencialismo: uma resposta possível em tempo(s) de pluralidade e de diferença?* policopiado, pp. 04/05: “Que outra exigência (de vinculação recíproca) senão aquela que Castanheira Neves assume ao convocar um filosofia do direito problemática – a reflexão que a <<hora>> da nossa <realidade-existência>> (humanamente significativa) está em condições de nos impor? Convocar (exigir) esta filosofia como autorreflexão – defendendo que esta encontre o seu ponto de partida (ou o seu problema inicial, dito do por-quê) no <<transcender interrogante>> de uma prática – é com efeito pedir-lhe que se nos exponha sob uma dupla face: aquela em que a recuperação do *originarium* do jurídico se compreende especificando (autonomizando) uma <<intencionalidade ao fundamento>> e a autodisponibilidade que lhe corresponde ... e aquela em que esta mesma recuperação se realiza identificando (distinguindo) um modelo inconfundível de pensamento jurídico e o tipo de racionalidade que este cumpre. Como se se tratasse afinal de articular dois momentos ou duas <<dimensões>> (estruturantes) da <<emergência constitutiva da juridicidade>>: a dimensão da validade e a dimensão metodológica. Bastando-nos aqui ter presente... que a primeira destas dimensões (através da autorreflexão que a *intensifica*) se cumpre ela própria numa (ou como uma) interpelação (prático-culturalmente contextualizada) de um <<sentido>> (também ele <<civilizacionalmente específico>>) de <<universalidade>> - uma interpelação assim mesmo indissociável do *mosu operandi* de uma reflexão interna e do contraponto crise/crítica que a alimenta... indissociável se quisermos também da compreensão-experiência de uma criação humano-cultural e do <<contexto>> a que <<constitutivamente>> esta se refere (e que assim mesmo a torna possível ou que assegura a sua identidade-*continuidade*). E que a segunda nos incita a considerar uma compreensão específica do problema metodológico. Uma compreensão que liberte este da *demarcação* (estranque) de territórios imposta pelo *discurso* moderno dos Métodos ... e que assim mesmo – sem deixar de confrontar a sua perspectiva e as opções do seu campo temática, mas sobretudo o seu discurso (o seu tipo de racionalidade), com aqueles que são propostos por modelos de realização alternativos – esteja em condições de o assumir como um problema *normativo* (sustentado numa perspectiva *noeticamente* judicativa e na autorreflexão crítica que a leva a sério. O que é ainda, *et pour cause*, responsabilizá-lo como uma dimensão constitutiva do próprio sentido da juridicidade. Como a <<auto-compreensão de algo – o direito – que no modo por que realiza o seu sentido específico já em si mesmo se releva como *acto*, como o processo perscrutante (fundamentante) de um *logos* – algo que no seu próprio ser é *meta-odos-logos*...”

outra vez a plausibilidade de uma perspectiva *interna*? Podemos dizê-lo. Sem esquecer que a discussão daquele primeiro *tempo* – como uma oportunidade de justificar metadogmaticamente a relação *juridicidade* / *cientificidade* / *Método* obedeceu a um traçado circunscrito – capaz de descobrir possibilidades (ou pelo menos alternativas de solução-assimilação) predefinidas – ... e que esta (presente!) só pode ser levada a sério se nos expuser aos riscos (imprevisíveis) de uma interrogação radical. Ao ponto de devermos reconhecer que discutir a possibilidade de uma *perspectiva interna* passa a ser agora interpelar (não poder deixar de interpelar) a inteligibilidade-continuidade de uma certa *criação cultural* e do projecto de demarcação *humano* / *inumano* que lhe corresponde... ou porventura mais do que isso, *arriscar* na renovação recuperadora de um *certo* contexto (e do *mundo humano* que este constrói, condiciona e determina).”²⁰¹

Não é por outro motivo que o desafio que ora se afigura – o de encarar o direito em sua atualidade problemática – não pode deixar de nos indicar ao menos dois caminhos possíveis: o funcionalista e o jurisprudencialista. Se é correto inferir que esse dois caminhos não se mostram absolutamente antagônicos, haja vista ambos referirem em seu vocabulário a marca infungível da *historicidade*, não é menos correto coligirmos que em verdade se trata de caminhos que afloram de forma bastante polarizada, cada qual com os seus respectivos aportes teóricos e práticos também sobremaneira díspares²⁰². Cuida-se de diferentes concepções tanto de pensamento e de sociedade quanto de juridicidade e de teoria do direito: ambos se mostram fulcrais para a compreensão da atualidade do fenômeno jurídico, mormente para se *reescrever* no campo jurídico algumas dimensões de normatividade que o cognitivismo normativista prefe-

²⁰¹ AROSO LINHARES, José Manuel. *Jurisprudencialismo: uma resposta possível em tempo(s) de pluralidade e de diferença?* policopiado, p.07. Ver também, do mesmo autor: *Os desafios-feridas da Allgemeine Rechtslehre Um tempo de teoria do direito reconhecido (reencontrado?) pela perspectiva de outro tempo de teoria*, in. João Lopes Alves, *Liber Aicorum de José de Souza e Britto em comemoração do 70º aniversário*, pp. 261 e ss. Ver ainda e muito especialmente CASTANHEIRA NEVES, *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia*, especialmente, pp. 37/52.

²⁰² “Em grande parte, a história da sociologia do direito se confunde com a da sociologia pura e simples. Ademais, assinalamos no primeiro capítulo que é impossível tratar do campo de investigação da sociologia do direito atendo-se a uma concepção restritiva da disciplina. O direito é feito de imaginação, é um acontecimento cultural e flutuante. O conjunto dos protocolos intelectuais que entram em jogo em sua fabricação se vinculam ao campo de competências do socioantropológico do direito.” E, mais à frente, p. 156: “A autoridade de quem enuncia a palavra normativa repousa na classificação prévia de seus destinatários. A leitura do campo social mostra-se assim não só uma condição de execução da função jurídica, mas, de acordo com a lição das origens, um componente interno do direito. Toda classificação é normativa tanto porque hierarquiza e unifica quanto porque manifesta concretamente a autoridade daquele que classifica.” ASSIER-ANDRIEU, Louis. *O Direito nas Sociedades Humanas*. Martins Fontes: São Paulo. 2000, p. 99.

riu daí excluir, dentre elas isso que estamos a chamar de “relação com o seu meio ambiente”. Ainda assim, não se deve ignorar que se trata, mesmo, de visões entre si antagônicas. Uma delas vem traduzida – como já mencionamos – pelas assim chamadas “teorias sistêmicas”, ao passo que a outra aposta numa apreensão (e reescrita) que toma como ponto de partida a aposta, ainda hoje, na mediação da *filosofia*²⁰³. Endossando a linha até aqui traçada, parece-nos que na nossa circunstância presente (na atualidade) não poderá ser a “escolha cega” e ausente de reflexão – calcada em última análise tão só numa ideia abstrata de *função* – que nos poderá orientar de maneira mais coeva antes aos problemas do campo jurídico. Isso porque, diferente do ambiente fragmentado em que hoje se percebe o pensamento jurídico, o direito não se confunde com nenhum dos discursos que, a partir dos diversos jogos que a *societas* infirma, formam a estrutura do diferendo: como já dissemos, o diferendo é uma metáfora da realidade que atualmente intenta tomar conta do pensamento jurídico, mas dela se faz forçoso escapar, sob pena de o direito ter falhado em sua vinculação social.

Dessarte, na perspectiva que subsume a reciprocidade constitutiva da dimensão *intencional* e da dimensão da *realização* do direito, um pano de fundo de *pensiero* (o pensamento jurídico) e também de “filosofia do direito” se mostra com efeito inescapável²⁰⁴. Como veremos no capítulo final, a metodologia jurídica (que é a metodologia do direito em sua ocorrência e problemática próprias) demanda esse pano fundo, sem o qual dificilmente se delimitará qual é a *práxis* que então se trata de “controlar metodologicamente”. Dessa forma, é sobretudo à exigência de um *pensamento integralmente* prático que teríamos de nos submeter – abandonado-se com isso o primado do teórico e do funcional –, a fim de compreendermos adequadamente o palco em que o direito está a ocorrer, bem como o formato de sua relação com o palco que lá fora nos espera: palco este último cujos atores organizam suas demandas numa tensão ir-

²⁰³ “Uma mediação cuja <<guerra ao todo>> não é outra senão a da reflexão filosófica.” AROSO LINHARES, J. *A diferença como <<diferendo>> e interdiscurso...* Op.Cit., p. 259. Como diremos ao final deste capítulo, parece que, na atualidade, sobretudo em razão dos estudos sociológicos mais avançados, é mesmo no direito que a filosofia pode ter ainda hoje alguma relevância normativa.

²⁰⁴ “La vida humana es un *continuum* en el cual las divisiones conceptuales que elaboramos son mero artificio. A pesar de ello puede decirse que hay dos elementos eminentemente íntimos para los cuales el ser humano aislado se basta a si mismo: el puro pensamiento y la pura intención. Sin embargo, en cuanto que el primero se expresa y la segunda se pone en práctica, dejan ambos de pertenecer a la intimidad para alojarse en la vida social de la persona es la manifestación más natural de ella misma, la realidad en que plasma su pensamiento y su voluntad.” ROBLES, Gregorio. *La crisis de valores en la sociedad contemporánea*. In. *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*. Editorial Civitas: Madrid, 1992, p. 26.

redutível entre *pretensões de pluralidade* discursiva e de *unidade intencional*. É por isso, como veremos, que a metáfora do diferendo parece superar o tradicional enquadramento do sistema (que não outra coisa senão outra metáfora), uma vez que permite abrir os olhos para essa estrutura de pluralidade e de diferença sem que nós mesmos nela caiamos ²⁰⁵. De outro lado, e nesse mesmo sentido, deve restar evidenciado que também os discursos que se operacionalizam a partir de um olhar funcional da experiência jurídica não deixam de permanecer nessa estrutura, igualando-se aos demais intentos que aí lhe fazem ombro: daí a vantagem do olhar que se abre a partir da “experiência jurisprudencialista” do direito, que ao abarcar e com isso delimitar o diferendo dele se retira e aloca sua problemática noutra espaço, abrindo vazão ao restabelecimento de uma reflexão filosófica. Certamente que esse reflorescer da filosofia não deve caminhar num sentido de “método fenomenológico”, como pretendeu fazê-lo *Adolf Reinach*, por exemplo, para quem as figuras jurídicas possuem uma *essência* independente da forma como se lhes apreende, antes se apostando aqui que é a própria apreensão do direito que o caracteriza como tal ²⁰⁶.

Perceba-se que, uma vez no todo abandonado às tensões e aos jogos de poder que continuamente se produz no âmbito da *sociabilidade*, o direito como que perder esse seu espaço próprio e de exercício de sua autonomia, o que suscita, em ato contínuo, a impossibilidade de ele operar uma *crítica* relevante: essa a crítica autônoma que lhe cabe realizar ²⁰⁷. A crítica jurídica – o pensamento jurídico e o juízo crítico que este impõe à realidade social – não se realiza senão sob o véu da juridicidade, isto é, naque-

²⁰⁵ Referindo-se ao *Le Différend*, esclarece *Wolfgang Iser*: “Lyotard entfaltet das Thema der Pluralität wiederum auf sprachphilosophischer Basis, aber jetzt in eigenständigerer, nicht mehr an Wittgenstein orientierter Form. Nicht mehr von Sprachspielen ist die Rede, sondern von Satz-Regelsystemen (régimes de phrases) und Diskursarten (genres de discours). Unter Rückgriff auf diese sprachanalytische Folie exponiert Lyotard die postmoderne Pluralität und Heterogenität der Lebens-, Handlungs- und Denkformen – und ihre Probleme.” ISER, Wolfgang. *Unsere postmoderne Moderne*. Op.Cit., pp. 230/231. E mais à frente, nessa mesma página, Iser utiliza o discurso jurídico como exemplo dessa “estrutura”.

²⁰⁶ Sobre as tentativas de aplicação do método fenomenológico no âmbito jurídico, conferir: LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, pp. 129/138.

²⁰⁷ Trata-se de perceber a potencialidade crítica de um direito que se desenha institucionalmente como *contra-poder*. “Um patamar que só se nos oferecerá como uma possibilidade decisiva se soubermos (se pudermos) rejeitar outros caminhos – e resistir aos “pensamentos do Ser” que (mais ou menos explicitamente) os orientam (e desenharam). Que outros caminhos senão aqueles em que a procura do *homo humanus* nos condena à máscara de um processo de determinação-“corroboração” (de elementos ontológicos indispensáveis ou de dimensões antropológicas *naturais*) – aqueles que só uma pretensão (cognitivista) de universalidade (e de constância) nos autoriza a reconhecer?” ATROSO LINHARES, J. *O dito do direito e o dizer da justiça*. Op.Cit., 220.

le espaço em que se lhe permite uma reflexão autônoma. Esse movimento não pretende, certamente, operar um *Isolierung* absoluto da análise jurídica frente às demais intencionalidades sociais. Ocorre que, nessa mesma toada, não é possível e tampouco adequado ou conveniente advogarmos hoje a visão que o conceba como mero “autômato da engenharia social”. Da mesma forma que não é viável um discurso de um total isolamento, também não é saudável (tanto ao direito quanto à sociedade) uma sua integral automação. É, portanto, no limite mesmo desse limiar, um limiar seguramente tênue, que se trata de pensar-realizar o direito na atualidade: e é com essa premissa essencial bem assentada que se permite hoje ao olhar jurisprudencialista lançar mão de maneira verdadeiramente frutífera do desafio do diferendo ²⁰⁸.

Afinal, é por tal razão que “nesta hora” se encontram tanto direito quanto teoria do direito desamparados a uma espécie de *sofrimento de indeterminação* – parafraseando Axel Honneth –, ou desterritorializados de sentido – agora parafraseando Deleuze, – que se faz tão premente uma sua reflexão mais atenta ²⁰⁹. Por fim, não se perca

²⁰⁸ Que de fato o contributo do diagnóstico de época de Levinson e Balkin nos permite perceber; desde logo, deve-se ler aí a expressão do direito em diferendo: “Modernity has had a lasting legacy on the forms of legal scholarship in at least three respects. The first is the self-consciously interdisciplinary character of legal scholarship. This essay is no exception. A second is the increasing amount of scholarship, especially in the elite journals, that is about other legal scholarship, rather than about primary legal materials like statutes and cases. Legal scholarship becomes an increasingly self-contained, self-referential discipline, which is “about itself” as much as it is about the legal world outside, either law on the books or law in action. As interdisciplinary movements like law and economics or law and literature spring up, they begin to focus not on their relationship to the work of lawyers and judges, but to their own internal coherence and justification. Legal interpretation is replaced by legal theory, which is replaced by meta-theory, which is replaced by meta-meta theory, and so on. (...)” E que, trazendo à baila sua noção plural de “*genres of scholarships*”, assim prossegue: “The third feature is the fragmentation of legal scholarship into new genres such as feminist scholarship, critical legal scholarship, or law and economics. As a result of this fragmentation, it is increasingly difficult for lawyers and legal academics to agree on what good legal scholarship is and how to evaluate it. To some extent, this was always true, as soon as legal scholarship specialized into different subject matters like pleading, property, trusts, and so on. Yet there was a feeling that good legal reasoning transcended doctrinal boundaries, and that the reasonably intelligent contracts professor could recognize it in the work of a colleague who wrote about equity or the law of agency and partnership. The creation of “genres” of scholarship, like law and economics or feminist jurisprudence, which cut across traditional legal departments and categories, undermines such confidence today. Both fields are highly specialized with separate canons; they have very different intellectual approaches and scholarly goals which may, in some instances, be mutually critical of each other. Giving a piece written in one genre to a person who specializes in another may produce consternation, and perhaps even outright rejection.” BALKIN, Jack and LEVISON, Sanford, *Law, Music and Other Performing Arts*. (1991), University of Pennsylvania. Law Review, vol. 139, 1991, p. 52, disponível em: <http://www.yale.edu/lawweb/jbalkin/writings.htm>

²⁰⁹ HONNETH, Axel. *Sofrimento de indeterminação. Uma reatualização da filosofia do direito de Hegel*. Trad. Rúnio Soares Melo. São Paulo: Esfera Pública, 2007. Numa síntese da problemática trabalhada nesse livro, lê-se nas pp. 43/44: “Sofrimento de indeterminação consiste, por um lado, em uma tentativa de solucionar questões de fundamentação normativa presentes no debate sobre teorias da justiça. A questão da justiça não pode ser tratada como uma dedução de princípios com pretensão universalistas transcendentais aos contextos. É preciso, antes, atentar para as condições de autorrealização indivi-

de vista tratar-se aí de um sofrimento (como ausência de sentido objetivo) que se delinea como verdadeira “solidão” reflexiva, uma vez que insere num contexto de fragmentação e mesmo de incomensurabilidade que, precisamente em razão do seu excesso de informação, assemelha-se mais um deserto do que a uma biblioteca²¹⁰. Diante da necessidade de “a tudo abarcar”, todavia ciente ser esse um intento de concretização impossível, o *pensamento jurídico* também se vê só e ausente de determinação normativa, em suma, no todo desterritorializado de sentido próprio: uma infinidade de informações que, incessantemente prosseguida (daí a vertigem da incomunicabilidade), jamais é alcançada. Essa a condição em que se encontra o pensamento jurídico uma vez perdido o horizonte que se lhe garantia a partir do discurso mais denso do normativismo jurídico. O escopo que aqui nos propende, cuja centralidade convocará aquele *pensar em círculos*, está – como ensina Aroso Linhares – em tornar indissociável essa “experiência de ausência” e a “procura” ininterrupta de um horizonte problemático em que se prima por uma “intercompreensão na existência” do âmbito jurídico²¹¹. Daí, finalmente, a necessidade de a metodologia jurídica manter-se atenta às nuances do diferendo, embora a sua ultrapassagem se faça forçosa.

dual presentes na ordem social das sociedades modernas: a pretensão universal de realização da liberdade individual já se encontra ancorada nos contextos práticos de interação comunicativa das esferas da eticidade. Por outro lado, o propósito de fundamentar uma teoria da justiça está vinculado à perspectiva da teoria crítica, em que se trata de fornecer um diagnóstico do tempo, ou seja, o diagnóstico do “sofrimento de indeterminação” como uma patologia que resulta da realização incompleta ou insuficiente da vontade livre em âmbitos institucionais da sociedade moderna não estruturados conforme a eticidade.”

²¹⁰ “La società globale è posseduta da un senso ipertrofico del presente, che ridimensiona profondamente sia il rapporto tra passato e presente, sia il rapporto tra presente e futuro. La tendenza del presente ad affermarsi come dimensione temporale onnivora significa un mutato rapporto che il presente intrattiene con il passato e con il futuro e, ancor più, un cambiamento del significato stesso da attribuire a passato e futuro. Ciò significa altresì che si indebolisce il nesso diretto tra passato e futuro perché l’interposizione del presente non solo è sempre più significativa, ma finisce per diventare variabile autonoma, che attrae nella sua orbita passato e futuro. Passato e futuro in un certo senso perdono di significato autonomo, tendono a diventare appendici funzionali rispetto al presente: sempre più essi vengono pensati e reiventati in funzione delle esigenze del presente.” FERRARESE, Maria Rosario. *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*. Italia: Il Molino, 2002, p. 12.

²¹¹ “All’uomo del nostro tempo, deluso di disegni provvidenziali della storia e incredulo di quell’etico nobilitarsi (il quale – sia detto di passata – pur pressupone l’organismo morale dello Stato), rimane l’angoscia dell’intima divisione, di questo duplice e inconciliabile appartenere. Ai luoghi e agli spazi, alla sacrale identità delle origini e agli anonimi scambi, al linguaggio della terra e ai simboli telematici, all’unità etnica religiosa culturale e alla frigida uniformità (e, se si concede al giurista, al diritto civile e al diritto commerciale). Né certo giova di scambiare uniformità e unità, e di tenere l’una per l’altra, perché unità è un tutto di senso, e uniformità l’artificiale e arbitratia omogeneità. Di cui tuttavia – come queste pagine s’industriano di mostrare – gli accordi inter-statali efficacemente si servono per catturare i fenomeni della globalità.” IRTI, Natalino. *Norma e luoghi. Problemi del Geo-Diritto*. Italia: Editori Laterza, 2006, p. 85.

“Ou se quisermos, uma situação-limite na qual a celebração (-consagração) prescritivamente *feliz* da pluralidade (por uma vez livre da nostalgia da unidade perdida) se deixe permanentemente (mas nem por isso menos paradoxalmente!) ferir pela urgência de uma cooperação (material!) entre experiências e formas racionais. Uma situação-limite que – jê mergulhado no universo específico do direito – nos autoriza a mobilizar a vocação integradora da *intenção e validade* (e a força condutora da sua perspectiva normativa) na mesma medida em que reconhecemos que as resistências à univocidade de uma coordenação material se tornaram dimensão constitutiva tanto das práticas de realização juridicamente relevantes quanto das práticas que *exteriormente* as condicionam. O que é ainda e significativamente perguntar – arriscarmo-nos a perguntar – se (e até que ponto é que) assumir um diagnóstico-*experiência* de pluralidade não nos condena à celebração regulativa correspondente (obrigando-nos a aceitar caminhos e as auto-reflexões que os orientam e que simultaneamente estes constróem).”

212

Apontamentos esses que nos bastam para assentar o esboço do percurso que a seguir percorreremos: será aqui tratada uma série de questões (do *problema do direito*) de fato relevantes ao pensamento jurídico contemporâneo, relacionadas principalmente à “continuidade normativa” que, de alguma forma, conecta e perpassa sociedade e direito (*societas* e *communitas*). O intento, porém, é demarcar tal relação sem que se perca a referência à juridicidade, de modo que – como será dito repetidas vezes – a dialética que aí encontramos não desemboque num “vínculo de vassalagem” do primeiro sobre o segundo. Essa empreitada se desenrolará com a determinação de dois enfoques hoje possíveis, como visão interna e externa ao direito, e isso a partir de duas categorias-chave: o *sistema* e o *diferendo*. Pretende-se com isso fazer vir à luz a autonomia metodológica e comunitária que caracteriza a juridicidade e sua normatividade, sobretudo sob um enfoque jurisprudencialista: daí a premência de nos voltarmos ao *pensamento jurídico*. Trata-se, portanto, de percurso cuja dinâmica nos obriga a ter como ponto de partida a territorialidade-*pagus* – hoje compartilhado e testemunhada (ou mesmo experimentada) por uma diversidade crescente de diagnósticos – daquele sentimento que especificamente nos atinge na atualidade: ou seja, o sentimento de ausência decorrente da *crise* característica da “perda de *unidade*” do pensamento e assim

²¹² AROSO LINHARES, José Manuel. *Jurisprudencialismo: uma resposta possível em tempo(s) de pluralidade e de diferença?* policopiado, p.07

também de uma normatividade ecoada com a ultrapassagem do “modelo” tradicionalmente concebido para o direito, o discurso do normativismo jurídico²¹³.

2.1. Funcionalismo jurídico: o direito como “função”.

a) A categoria “sistema” e a funcionalização do devir social.

Complexidade é termo que há muito compõe o vocabulário jurídico, participando de forma inevitável dos escritos e reflexões daqueles cujo pensamento tenciona a interrogação acerca do “como” (e do *porquê* aí implicado) da realização do direito em sua articulação social²¹⁴. Cuida-se mesmo de verdadeira categoria, sendo-lhe conferida ênfase nas mais variadas frentes do campo jurídico, de sorte que ganha volto, *ad exemplum*, na *ultima ratio* do direito penal e se encaminha também às considerações funcionalistas do direito econômico, como veremos. De outra banda, também as pretensas teorias e a filosofias do direito, sem que nos esqueçamos certamente da sociologia jurídica, sobre ele não deixam de se debruçar: em verdade, é nessa seara mais ampla da juridicidade que o termo pode afinal ganhar um “sentido categorial”, por assim dizer, de sorte que pressupõe toda uma “história do pensamento” (um *devir* específico) que lhe assegura uma dimensão teórica. Dessarte, como “categoria do pensamento” voltada à “representação conceitual” – apreensão – da realidade das ditas “sociedades da informação” traz consigo um pano de fundo de embates discursivos e retóricos no

²¹³ ROBLES, Gregorio. *La crisis de valores en la sociedad contemporánea*. In. *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*. Editorial Civitas: Madrid, 1992, p. 84. Como Castanheira Neves ensina perceber, no fundo dessa crise do pensamento jurídico está a assim chamada crise da filosofia geral. Esta será tratada mais detidamente no capítulo seguinte. Desde já, o que se dirá mais à frente é que essa crise da filosofia é, em verdade, uma crise de racionalidade e especificamente da razão ocidental. Tomando essa civilização ocidental como momento cultural formado e sustentado, como ensina a percebê-lo Gregorio Robles, sobre três pilares fundamentais: a filosofia grega, o direito de cunho romano e o cristianismo: “Si hoy vivimos en Occidente una crisis de los valores es porque, en el fondo, vivimos una crisis de los valores que el cristianismo representa. Y esta crisis enlaza directamente con la atenuación del sentimiento de obligatoriedad en nuestra sociedad y, paralelamente, la infación de la actitud reivindicatoria. Dicho de otra forma: La crisis actual repercute positivamente a favor de los derechos y negativamente a favor de los deberes.”

²¹⁴ CASTANHEIRA NEVES, A. *O Funcionalismo Jurídico. Caracterização fundamental e consideração crítica no contexto actual do sentido da juridicidade*. In. *Digesta 3*, Coimbra: Coimbra, 2008, p. 199/200. Advirta-se que esse texto de Castanheira Neves é fulcral a este capítulo, bem como o: AROSO LINHARES, José Manuel. *Entre a reescrita pós-moderna da modernidade e o tratamento narrativo da diferença ou a prova como um exercício de passagem nos limites da juridicidade*. Coimbra: Coimbra, 2001, principalmente, *A diferença como Diferendo e interdiscurso*.

plano das *ciências sociais* e da assim chamada filosofia da linguagem²¹⁵. Em razão disso, aqueles que dele lançam mão podem fazê-lo tanto num viés de “assunção categórica” quanto de censura e de crítica: isto é, é possível uma sua utilização orientada à compreensão do direito e da sociedades hodiernas sob um enfoque de complexidade e de “redução da complexidade”, por exemplo; mas também, de outro lado, pode ele ser utilizado para criticar essa última visão a partir de acepções mais universais do papel das ciências e da *linguagem no vínculo social*²¹⁶.

Tendo em vista o que aqui nos interessa delinear, podemos partir da seguinte asserção: *o complexo* representa espécie de realidade em contínua diferenciação e pluralização, com tendência à desordenação crescente, de modo a criar espécie de ficção que sobredetermina o simples-real, o qual, em última instância, *em-si* desaparece, bem como o correlativo cognitivismo ou conceitualismo da realidade. No que toca o nosso tempo presente (o problema da historicidade que desemboca no hoje), se o que vivemos é um efetivo processo de complexificação do real – a conjecturar, portanto, a sociedade contemporânea num quadro geral de hipercomplexidade – ou se antes do que se trata é de um verdadeiro *ocaso do conceito* – que afinal nos atestaria, uma vez mais, a impossibilidade da apreensão simplificadora (e cognitivista) da realidade *como um todo* –, é questão que não se pode deixar de tratar²¹⁷. O ocaso do conceito demarca esse

²¹⁵ “La complexité nous rend sensibles à des évidences endormies: l'impossibilité d'expulser l'incertitude de la connaissance. L'irruption conjointe du désordre et de l'observateur, au coeur de la connaissance, apporte une incertitude, non seulement dans la description et la prévision, mais quant à la nature même du désordre et la nature même de l'observateur. Le problème de la complexité n'est ni d'enfermer l'incertitude entre parenthèses, ni de s'y enfermer dans un scepticisme généralisé: il est d'intégrer en profondeur l'incertitude dans la connaissance et la connaissance dans l'incertitude, pour comprendre la nature même de la connaissance de la nature.” MORIN, Edgar. *La méthode. Tome 1. Nature de la Nature*. Éditions du Seuil 1977, p. 383.

²¹⁶ “A linguagem não é a vida, ela dá ordens à vida; a vida não fala, ela escuta e aguarda. (...) A ‘primeira’ linguagem, ou, antes, a primeira determinação que preenche a linguagem, não é o tropo ou a metáfora, é o *discurso indireto*.” Um terceiro, portanto. “A linguagem não se contenta em ir de um primeiro a um segundo, de alguém que viu a alguém que não viu, mas vai necessariamente de um segundo a um terceiro, não tendo, nenhum deles, visto. É nesse sentido que a linguagem é transmissão de palavra funcionando como palavra de ordem, e não comunicação de um signo como informação.” DELEUZE, Gilles e GUATTARI, Félix. *Mil Platôs, Vol. 2*. São Paulo: Ed. 34, 2008, pp. 13/15. Ver, também: AROSO LINHARES, José Manuel. *Entre a reescrita pós-moderna da modernidade e o tratamento narrativo da diferença ou a prova como um exercício de passagem nos limites da juridicidade*. Op.Cit., p. 288.

²¹⁷ E, aqui, trata-se, evidentemente, do ocaso do “conceito como proposição”, isto é, como trabalho duro da proposição discursiva que caracteriza a cientificidade tradicional (ou *molar*, como diria Deleuze), e não como *pensamento*: em suma, referido ocaso não se confunde com espécie de “ateísmo do conceito”. “Enfim, o conceito não é discursivo, e a filosofia não é uma formação discursiva, porque não encadeia proposições. É a confusão do conceito com a proposição que faz acreditar na existência de conceitos científicos, e que considera a proposição como uma verdadeira “*intensão*” (o que a frase exprime): então o conceito filosófico só aparece, quase sempre, como uma proposição despida de sentido.” DELEUZE, Gilles e GUATTARI, Felix. *O que é a filosofia?* Rio de Janeiro: Ed. 34, 2009, p. 34. Mais à

tempo que nos atinge, na medida em que esclarece que o discurso da ciência, no sentido tradicional e moderno que lhe fora conferido, não subsiste por si só, convivendo antes com uma série de possíveis explicações tão certas quanto a explicação do cientista ²¹⁸.

A premissa com a qual caminharemos neste capítulo é bastante clara: não obstante a inevitabilidade que marca a relação de continuidade normativa entre *direito* e *sociedade* ²¹⁹, não se deve perder de vista que uma *brecha* de descontinuidade persiste de forma infungível, criando como que uma “ambivalência reflexiva” que impede (ou pode impedir) que se estabeleça entre ambos uma espécie de “vínculo de vassalagem” ²²⁰. Embora essa relação seja mesmo de uma pressão dialética, as *redes de poder* que caracterizam o devir social não têm o condão de configurar no todo o direito sob a *forma* que melhor se lhes afigure a cada novo momento histórico ²²¹. Daí a necessidade de termos percorrido o primeiro tempo do direito, no capítulo anterior, e de demarcar o espaço em que a juridicidade se manifesta em sua, de certa forma, *essência*; daí também a necessidade de se perquirir quanto a uma visão interna do fenômeno jurídico: o

frente, à página 36, lê-se: “No caso das proposições, trata-se de *observadores parciais* extrínsecos, cientificamente definíveis com relação a tal ou tais eixos de referência, ao passo que, para os conceitos, são *personagens conceituais* intrínsecos que impregnam tal ou tal plano de consistência.” Ver, também, página 121 desse mesmo livro.

²¹⁸ “(...) reconhecer que a consumação ou a tentativa de consumação desta *expectativa* representa menos o estado ou estágio crepuscular evolutivamente irreversível de um processo de <<complexificação>> (e então também de declínio) da modernidade do que a *occasio* continuamente recriada da erupção desta.” AROSO LINHARES, J. *A diferença como <<diferendo>> e intercurso...* Op.Cit., p. 265.

²¹⁹ ESSER, Josef. *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*. Frankfurt, p. 23: “Die Mistäbe einer vorpositiven Gerechtigkeits- und Vernunftstruktur des Rechts haben keine andere Existenz als ihre jeweilige geschichtliche und gesellschaftliche.”

²²⁰ “Para um sociólogo, um economista ou um informático, a rede apresenta-se como algo de muito moderno. Para um jurista, ela evoca, pelo contrário, o vínculo de vassalagem, que colocava o homem livre ao serviço de um ou vários senhores. E é bem isso que procuram as empresas nas novas formas de organização do trabalho. Já não basta a subordinação, já não se quer trabalhadores simplesmente obedientes. As exigências de qualidade dos produtos e de redução dos custos conduzem a esperar dos trabalhadores, que se comportem como se fossem independentes e responsáveis. Inversamente, a dependência ganha terreno nas relações das empresas entre si. Recentrada na sua função principal, cada empresa tem de controlar estreitamente a qualidade e a pontualidade das prestações dos seus fornecedores e subcontratados, de que depende a qualidade dos seus próprios produtos.” SUPIOT, Alain. *Homo Juridicus. Ensaio sobre a função antropológica do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2005, p. 149.

²²¹ “Lo storico del diritto deve operare una precisa quanto elementare palingenesi al suo interno; deve confermarsi nella convinta consapevolezza di essere un giurista e di porre in atto col suo lavoro scientifico degli strumenti di conoscenza giuridica; occorre, in alter parole (...), che si metta sul naso gli occhiali del giurista e che questi occhiali senta perfettamente convenienti al suo naso; occorre che si misuri cioè anche con quella dimensione esclusiva, ostica forse ma essenziale, che è la tecnica giuridica. Il diritto ha infatti una sua autonomia che è sì autonomia di istituti, mas che se origina in una autonoma visione del mondo; che è, insomma, l'autonomia di uno specifico sapere, autonomia di statuto epistemologico, di concetti, di lessico.” GROSSI, Paolo. *Società, Diritto, Stato. Un recupero per il diritto*. Milano: Giuffrè Editore, 2006, p. 06.

que se quer com isso é evitar aquela vassalagem. Do contrário, ignorando-se a tenacidade de uma tal visão, não é difícil que se caia na referida rede, bem como que se perca aquilo que é um momento central para um projeto crítico de direito, qual seja o da referência à *Pessoa*, garante de sua humanidade ²²².

Não é à toa que *Paolo Grossi* tenha demandado ao jurista que vestisse, para um bom enfrentamento com o devir da *societas*, o assim chamado *occhiali giuridico*: não se trata com isso, certamente, de deixar-se subordinar a alguma específica “tradição” que anseie por vendar os olhos do pensamento jurídico, cegando-o ante as demandas sociais; tampouco se trata, todavia, de se submeter à assim chamada “cabeça da *Górgona* do poder”, para usarmos da metáfora de *Mario Losano* já acima mencionada. A intencionalidade e os vícios culturais que se originam no devir da *societas* de certo que participam da fenomenologia do direito, dando-lhe o colorido que as condições de sociabilidade de cada novo momento fazem florescer. Sem dúvida é isso que torna o direito um fenômeno humano. A *societas* participa da ocorrência histórica do direito, daí se tratar afinal de uma ocorrência sempre contingente e, portanto, normativamente indeterminada (e em certa medida *irracional*), todavia não a modula como se tivesse diante de si uma mera massa amorfa e isenta de vida, ou absolutamente flexível ²²³.

Em que pese a esta altura o discurso da experiência propriamente normativista da juridicidade não se nos apresente como um interlocutor primeiro, haja vista sua “cegueira social”, não se deve abafar o fato de que mesmo num tempo em que a fun-

²²² “El hecho primaria del ser humano, aparte lógicamente de su existencia biológica, es su existencia social. Esto es, su pertenencia al grupo humano. Cuando se afirma que el hombre es un ser social, se está diciendo algo que tiene el mismo calibre que decir que es un mamífero o un animal vivíparo. No existe el hombre, y *después* La sociedad. Esa es una fantasía contractualista, absolutamente carente de sentido. Las cualidades psíquicas del hombre (llamadas pasiones, en terminología clásica) no han sido generadas, en lo fundamental, por exigencias de tipo biológico, sino por su inserción en el grupo.” RO-BLES, Gregorio. *La crisis de valores en la sociedad contemporánea*. In. *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*. p. 55. Mais à frente, à página 57, diz: “El hombre lleva La sociedad dentro de sí mismo, *es* sociedad. Esta se erige siempre en su punto de referencia, para acatarla o atacarla, y en su mismísima esencia personal.” Sobre essa assunção da noção de *Pessoa* como central à perspectiva interna do direito, conferir: CASTANHEIRA NEVES, A. *Pessoa, Direito e Responsabilidade*; e, *Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – ou as condições da emergência do direito como direito*. Ambos In. *Digesta*, Volume 3. Coimbra: Coimbra. 2008.

²²³ “O reflexo preserva em seu programa mecanizado a relação vital proposital ou o interesse que atuou para o produzir. O conjunto de *feedback* de um sistema receptor-executor (o que um organismo, entre outras coisas, também é) envolve-se com o agir proposital exatamente se e quando não é mecanismo de *feedback* – isto é, quando os dois elementos não estão diretamente acoplados mas entre eles está intercalada uma vontade, um interesse ou um desejo.” JONAS, Hans. *O Princípio Vida*. p.: 143. Impossível não lembrarmos de *Ernest Cassirer* e sua visão *homo culturalis*.

cionalização ganha vulto crescente sobre a estrutura normativa do direito (como “teoria normativa do estado”), tal discurso não se descobre no todo sobrepujado nas lucubrações do pensamento jurídico contemporâneo ²²⁴. Lembremos rapidamente, nesse sentido, das investidas mais recentes das apreciações *hermenêuticas* e dos enfoques da *filosofia analítica* (como espécie de “neopositivismo jurídico”), as quais, quando colocadas diante da difícil tarefa de apreender a *emergência* da normatividade jurídica, não hesitam em enfrontar os seus pressupostos nas premissas objetivistas daquela visão mais tradicional. De qualquer maneira, e a par disso, a experiência jurídica não se reduz ao discurso normativista: ela não tem de trabalhar suas inferências no âmbito da dicotomização de *Sein und Sollen* e tampouco se vê obrigada a reduzir o fenômeno jurídico a algum direito-objeto.

Como ensina *Castanheira Neves*, é possível admitirmos na atualidade a individualização de três grandes e diferenciados blocos de análise (ou perspectivas) que se voltam à simplificação daquilo que cunhamos de *complexo* ²²⁵, mas isso especificamente no que toca a apreensão da juridicidade, quais sejam: o *normativismo*, o *funcionalismo* e o *jurisprudencialismo* ²²⁶. Fique claro que o que temos aí são três modelos, ou três amplos formatos de operacionalização da “teoria jurídica” (voltada esta à prática de realização do direito). Esses três modelos não são, portanto, por si só três teorias jurídicas, mas verdadeiros “paradigmas reflexivos” dentro dos quais se poderia encontrar, em tese, uma infinidade de possíveis apreciações do direito.

Tal é o caso daquela corrente que ora nos cabe perquirir mais de perto, o *funcionalismo jurídico*: perspectiva da juridicidade essa que se nos mostra complexa e

²²⁴ Quanto a essa funcionalização e sua contraposição à visão estrutural do direito (referida sobretudo a *Kelsen*), conferir: BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função. Novos estudos de teoria do direito*. Trad. Daniela Beccacia Versiani. São Paulo: Manole, 2007, principalmente, pp. 53/115.

²²⁵ “As multiplicidades são a própria realidade, e não supõem nenhuma unidade, não entram em nenhuma totalidade e tampouco remetem a um sujeito. As subjetivações, as totalizações, as unificações são, ao contrário, processos que se produzem e aparecem nas multiplicidades. Os princípios característicos das multiplicidades concernem a seus elementos, que são *singularidades*; a suas relações, que são *devires*; a seus acontecimentos, que são *hecceidades* (quer dizer, individualizações sem sujeito); a seus espaços-tempos, que são espaços e tempos *livres*; a seu modelos de realização, que é o *rizoma* (por oposição ao modelo da árvore); a seu plano de composição, que constitui *platôs* (zonas de intensidade contínua); aos vetores que as atravessam, e que constituem *territórios* e graus de *desterritorialização*.” DELEUZE, Gilles e GUATTARI, Félix. *Mil Platôs, Vol. 1*. São Paulo: Ed. 34, 2009, p. 08.

²²⁶ Para uma panorâmica dessas três correntes, percebidas pelo próprio Professor Castanheira Neves como possíveis *paradigmas* do pensamento jurídico contemporâneo, paradigmas esses a encabeçar cada qual a representação plural de uma miríade (*multiplicidades*) de concepções e apreensões da *juridicidade*, conferir a sintética tese de mestrado do já citado Plínio Saraiva Melgaré: MELGARÉ, Plínio Saraiva. *Juridicidade: sua compreensão político-jurídica a partir do pensamento moderno-iluminista*. Coimbra: Coimbra, 2003.

plúrima, diferenciando-se internamente em uma série de específicas orientações, por vezes contrárias entre si, em razão dos diversos modos como assumem o compromisso social. Assim como pudemos inferir que também os discursos da hermenêutica e do neopositivismo analítico não deixam, afinal, de expressar certo normativismo, da mesma forma o funcionalismo jurídico não se expressa por meio de uma só proposta. Daí que mais à frente tenhamos de sublinhar não haver um só funcionalismo, senão que uma série de *funcionalismos jurídicos*: e como veremos no terceiro capítulo, também as atuais *teorias da justiça* não deixam de representar mais uma pretensão de funcionalização do direito. Neste capítulo, todavia, trataremos apenas uma de suas facetas, em sua versão mais formal, senão mesmo *formalista*, e elaborada a partir das *análises sistêmicas* da juridicidade.

Dessarte, para que bem se assimile as características desse movimento teórico, que de fato se coloca no centro das reflexões em que se empenha o pensamento jurídico hodierno, intentaremos desenrolar sua análise no espaço que se abre a partir das seguintes questões: a) com que sentido ou de que modo intencionalmente constitutivo visa-se aí o direito e, em consequência desse sentido e desse *modus*, o objetiva e o compreende – em suma, o que para ela (a visão sistêmica da juridicidade) é o direito; b) com que categoria ou conjunto de categorias o pensa e o determina em sua prática e qual a *racionalidade* que lhe é concebida; c) como, em consideração das respostas dadas às questões precedentes, se estrutura metodologicamente, isto é, segundo que modelo metódico opta-se por realizar e atuar o direito²²⁷. Nesses termos, portanto, que pretendemos caracterizar o empenho funcionalista.

Antes, porém, de seguirmos por essa via, é importante que façamos três notas cuja pontualidade iluminará o caminho que nos espera. Isso porque, de uma maneira ou de outra, essa concepção que ora se convoca acaba por lançar mão de noções igualmente caras à pergunta-proposta do jurisprudencialismo: são elas as noções de *decidibilidade* e de *dogmática jurídica*. Vislumbrado o direito como um simples (todavia complexo) meio técnico dirigido à obtenção de uma teleologia qualquer, no mais das vezes desvinculada da própria juridicidade e delineada *a priori* num programa abstrato e estratégico para as decisões jurídicas (como decisão tática), o pensamento jurídico

²²⁷Saliente-se tratar-se aqui das questões aventadas por Castanheira Neves no já referido *O Funcionalismo Jurídico. Caracterização fundamental e consideração crítica no contexto actual do sentido da juridicidade*. Conferir, principalmente, o que se discorre às páginas 200 e seguintes. A referência desse trabalho encontra-se supra na nota de número 30 deste capítulo.

vê-se condenado ao trabalho não trivial de “uma ciência prática”, então entendida como *tecnologia*. Numa palavra: o pensamento jurídico torna-se um espaço não de reflexividade, mas de “resposta tecnológica” à imputação da decisão (espécie de *feedback* ausente de culturalidade própria – numa realimentação cega de informações)²²⁸. De pronto, impõe-se afirmar que, assim como não é possível que concordemos com a redução do universo jurídico à mera decidibilidade (em que pese tenhamos mesmo de aceitar sua centralidade funcional), haja visto que tal universo se expande a uma concepção sempre mais ampla de *labor jurídico*, também o pensamento jurídico não poderá ser arquetizado tão só como “saber técnico”.

O pano de fundo que se arma à essa construção instrumental e tecnológica (quase ficcional) do direito tem um contorno teórico bastante peculiar. Trata-se de concepção funcional que não se prontifica como análise jurídica do direito, tampouco como enfoque destinado às captura das diferenças entre campo social e natureza. Antes corresponde à aplicação geral (e sistêmica) de uma concepção que opta por desconsiderar a dimensão de humanidade tanto da *societas* quanto do direito, vinculada que está às ciências biológicas e sua lógica interna. Fato é que tal compreensão se apoia numa visão sistêmica da sociedade, mas que, em última análise, encontra aportes antes mesmo do seu desenrolar. O direito nos surge então como uma sua consequência de um olhar que se estabelece previamente: sendo a sociedade um *sistema*, o direito aparece como um seu *natural subsistema*; em verdade, o que está por trás dessa perspectiva é uma visão *cibernética* do real²²⁹. E o que se perde nessa dimensão – sem dúvida

²²⁸ “Também a rede social é um padrão não-linear de organização, de maneira que os conceitos desenvolvidos pela teoria da complexidade, como os de realimentação (*feedback*) ou surgimento espontâneo (*emergence*), provavelmente encontrarão também aí a sua aplicação. Entretanto, os nós e os elos da cadeia não são simplesmente bioquímicos. As redes sociais são antes de mais nada redes de comunicação que envolvem a linguagem simbólica, os limites culturais, as relações de poder e assim por diante.” CAPRA, Fritjof. *As conexões ocultas. Ciência para uma vida sustentável*. São Paulo: Editora Cultrix, 2002, pp. 93/94.

²²⁹ “(...) a cibernética não pode eximir-se inteiramente de culpa. Ela não é aquela disciplina especial inocente que por sua beleza passiva seduz a filosofia, sempre disposta a compreender. Desde o início ela ousou apropriar-se do *status* de uma teoria unificada de mecanismo, organismo, sistema nervoso, sociedade, cultura e espírito; e por seu emprego sugestivo dos conceitos de comportamento, finalidade, objetivo, informação, memória, decisão, conhecimento, iniciativa, valor e pensamento inflacionou de tal maneira suas definições, inicialmente modestas, que seu emprego final dificilmente irá dar em outra coisa a não em um ilusionismo verbal.” JONAS, Hans. *O Princípio Vida*. p. 148. E, nas páginas seguintes, p. 149/150: “De acordo com a cibernética, a sociedade é uma rede de comunicação para transmissão, intercâmbio e armazenamento de informações, e é isto que a sustenta. A respeito da sociedade jamais foi apresentado conceito mais vazio. Nada se diz sobre o objeto da informação, e por que seria importante dispor de informação. Mesmo para o mero fato de se fazer tal pergunta o esquema não tem lugar. Qualquer teoria sobre o caráter social do ser humano, por mais primitiva ou unilateral que seja, que o consi-

relevante de ser estudada na atualidade ²³⁰ – é aquilo que caracteriza em essência, por assim dizer, a juridicidade, e mesmo toda a sociabilidade e a possibilidade de emergência do direito como direito: a figura cultural e, portanto, reflexiva que aí cumpre o *homem (homem-pessoa)* ²³¹. Essa a primeira nota. Outra nota relevante refere-se à centralidade da *decidibilidade* na caracterização e diferenciação do direito ante os demais fenômenos de normatividade social – e aqui citamos a política, a moral e a religião, mas também a ciência e a economia. Com efeito, não é irrelevante que tenhamos claros os limites de cada possível enfoque acerca desse *res-pondere* inerente ao direito – se a decidibilidade é, sem dúvida, fulcral, o modo como ela será concebida também não deixará de sê-lo.

Num primeiro momento, há que se chamar atenção a uma sua apreciação lógica, com a inferência de uma aplicação normativo-subsuntiva, ou simplesmente subsuntiva-dedutiva, das normas gerais firmadas *a priori* como pressupostos da tomada de decisão. Trata-se da decisão tradicionalmente inserta na reflexão do pensamento normativista – e impõe fique claro que, em verdade, sequer se trataria de uma efetiva decisão, assente no elemento *liberdade*, uma vez que aí ela está estabelecida na idealidade de uma impessoalidade e de sua necessidade lógica. De outro lado, figura-nos a decisão inferida como *voluntas* que visa fins ou objetivos (e mesmo efeitos), os quais trazem a justificabilidade de sua asserção. Tem-se aqui, diferentemente da primeira formulação, o tipo de decisão característico à racionalidade tecnológica, concebida, portanto, empírico-analiticamente. E, por fim, uma terceira concepção, verdadeiro *tertium genus*, que assume a decisão especificamente como decisão-*judicativa*: uma decisão

dere como criatura da carência e do desejo, e que se interroge pelos anseios vitais, é mais adequada à questão.”

²³⁰ “Por outras palavras, elas postulam uma visão inumana do Homem, que já nada distinguiria da máquina. É aqui que se interpõe o Direito, vindo limitar os riscos do delírio técnico e trazer o homem à razão, isto é, à razão do sujeito de direito que é, necessariamente, um ser opaco (dotado de interioridade) e responsável (devendo responder pelos seus atos).” SUPLOT, Alain. *Homo Juridicus. Ensaio sobre a função antropológica do direito*, Op.Cit., p. 161.

²³¹ “Compreendamos que o homem que nessa implicação constitutiva se invoca não é decerto nem o homem da bioantropologia, nem da etologia, nem da sociobiologia que afinal o exclui nas suas reduções, ou sequer mesmo da antropologia científico-cultural estrita, mas o homem-pessoa – que é mais do que o *animal rationale* justamente criticado por Heidegger, mais inclusivamente do que a individualidade definida por Boécio (*persona est rationalis naturae individua substantia*) e que São Tomás apenas aprofundou, pois o que decisivamente distingue esse homem não é quer o seu status político (de cidadão), quer o seu ser *pessoal* – e a significar o homem como o originário sujeito de liberdade (de liberdade convivente) e portanto de responsabilidade, capaz de amor e de pecado e, por isso, titular de dignidade e de culpa.” CASTANHEIRA NEVES, A. *O Direito hoje e com Que Sentido? O problema actual da autonomia do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002, p. 14/15.

que, tendo como núcleo a formação orgânica de um *juízo*, abarca uma intencionalidade prática em sentido próprio, estritamente jurídica e decorrente do labor do jurista; formatada, por conseguinte, já não mais por uma racionalidade dedutiva ou estratégico-tecnológica, mas a partir de uma racionalidade própria, prático-normativa, e referindo uma validade (cunhada numa práxis específica e pensada pelo pensamento que a pensa) cuja pulsão visa realizar problemático-concretamente a normatividade dessa mesma validade ²³².

Assentes essas premissas, devemos atentar a uma terceira nota, nota essa que nos impõe uma delimitação objetiva no que toca a diferenciação interna do funcionalismo que ora nos cabe deslindar, e, ainda, que nos apontará qual é o específico funcionalismo que aqui nos interessa tratar. Como já dissemos, o funcionalismo ganha corpo e mesmo certa autoridade teórica, especialmente no plano do direito, por não ignorar e antes comprometer suas análises e respostas a partir das exigências da atual sociedade humana, então concebida como hipercomplexa. Ocorre que é essa uma perspectiva bastante complexa, no âmbito da qual se diferenciam ao menos duas grandes orientações distintas e mesmo contrárias: o enfoque material e o enfoque sistêmico (ou formal). Tais disparidades decorrem da diferença *no modo como* cada uma delas assume as exigências e os compromissos sociais que se lhes impõem, tanto no que se refere ao conteúdo que então será assimilado (e então funcionalizado) ou deixado de fora, mas também quanto ao movimento de assunção das respectivas funções: ora convocando a sociedade *ao* direito, ora alocando o direito *na* sociedade.

De um lado, temos um primeiro caso de funcionalização na orientação da prática do direito a partir das exigências emergentes no devir da *societas*, advindas, portanto, da realidade socialmente prática, em suas dimensões e suas componentes tanto política e econômica quanto social num sentido estrito, de sorte a se pretender então pensar o direito como inerente função normativa dessas demandas conjecturais – e teremos aqui o assim chamado *funcionalismo jurídico material*. Nota-se de imediato que esse funcionalismo também nos indica uma miríade de possíveis visões, reconhecendo-se aí diversas modalidades de funcionalismo material, consoante a prevalência que

²³² “Il pensiero giuridico è un pensiero problematico. La sua struttura fondamentale è topica. Esso è determinato tramite un cambio, che avviene per spinte, fra le nuove esperienze della prassi nel caso singolo e le forze formali della scuola.” ESSER, Josef. *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto. Fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice*. Edizioni Scientifiche Italiane: Università di Camerino, 1983. p. 157.

nele se instaure de cada uma das mencionadas componentes referenciais (política, econômica, etc.). Ocorre haver, porém, um fundamento a elas em comum, o que permite lançá-las sob um mesmo fogo cruzado de apreensão teórica: todas elas, ao contraporem a índole formal do normativismo jurídico, pretendem-se encarnadas por uma olhar de *materialização* do direito, materialização essa do direito que ocorreria na medida em que se lhe imputasse a assimilação dos conteúdos materiais insertes àquelas exigências, estas, ademais, no todo estranhas à juridicidade. *De outro lado*, afigura-nos uma concepção que assimila a configuração jurídica qual um “sistema” particular que se diferencia funcionalmente no (e do) âmbito social (tido como seu meio ambiente - *Umwelt*), não deixando de com ele estabelecer uma muito peculiar forma de comunicação, a se formar e operar socialmente, mas sem que com isso sua formação e operatória sistêmica sejam diretamente trespassadas como consequências de exigências sociais – e, agora, estaremos defronte um *funcionalismo jurídico sistêmico*. Como ensina percebê-lo *Castanheira Neves*, a *funcionalidade* propriamente dita será, dessa forma, aquilo a que essas duas orientações a vinculam, atribuindo-se-lhe ora um sentido ora outro, os dois entre si no todo inconfundíveis. *Para um* a funcionalidade será reduzida em essência à noção de uma regulatória instrumentalização, ao passo que *para outro* será a correspondência das internas implicações dinâmicas e operatórias próprias de um sistema que se determina na ocorrência de sua própria estruturação, a qual, de sua parte, nessa mesma ocorrência determina as possibilidades daquela operatória (numa espécie de autoregulação interna). Assim, aquilo a que o primeiro se permite orientar, ou seja, a um compromisso com elementos de pré-determinação exteriores ao próprio sistema, é recusado pelo segundo, o qual vislumbra tal compromisso como impossível nas sociedades hipercomplexas²³³.

Diante dessas diferenciações – que afinal se impõe sejam estabelecidas para que não se aceite às cegas os discursos que ora intentam dominar a juridicidade a partir

²³³ “O axioma da “clausura sistêmica” traz ainda à liça um outro problema fundamental da pós-modernidade: o da autonomia do sistema jurídico. aqui reside porventura a prova de fogo decisiva de uma teoria que vê no Direito um sistema autopoietico que coexiste num universo de sistemas autopoieticos: com efeito, se o Direito é um sistema autorreferencial que vive ele próprio parede-meias com um conjunto de subsistemas autopoieticos que se comportam de forma semelhante, como pode então ele aspirar a exercer qualquer influência junto das diferentes áreas sociais objecto da sua regulação, e, inversamente, como pode ele negar a influência que sobre ele é exercida pelo respectivo envolvimento? Será que, como Luhmann sustenta, o sistema jurídico “não pode importar normas jurídicas do seu meio envolvente”, bem assim como, inversamente, “as normas jurídicas não podem ser válidas como direito fora do próprio direito?” TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, pp. XXIII/XXIV.

de fora, discurso esse que se reproduz hoje com imensa facilidade –, fica determinado o objeto daqueles que pretendem direcionar suas palavras e seus escritos à compreensão e mesmo crítica do funcionalismo, tendo-se de fazê-lo, saliente-se, em duas frentes: como referido, ora num sentido material, ora num sentido formal (sistêmico). Evidentemente, essa não é a intenção que nos atinge nesta dissertação. Até porque desfiar as pregas que compõem a organicidade mais do que plural (efetivamente *complexa*) do funcionalismo material – em suas vertentes *jurídico-político*, *jurídico-social* em sentido estrito, em sua bifurcação no *tecnológico-social* e *jurídico-econômico* (esta última, na perspectiva do *Law and Economics*) – seria por si só trabalho árduo cuja extensão importaria esforços que a capacidade deste trabalho não nos permite assumir. De sorte que optamos por seguir caminho diverso, tendo como escopo a demarcação da relação intrincada e já anunciada entre *sistema* e *diferendo*, limitando-nos aqui a uma análise do *funcionalismo jurídico em geral*, num primeiro momento, para nos determos, em seguida, no *funcionalismo jurídico sistêmico* ²³⁴.

Esse percurso deve, entretanto, ser antecedido ou antecipado por alguns esclarecimentos. Não se trata, porém, de nos delongarmos em excesso nesta antecipação, sendo-nos suficiente aclarar a *pressuposição cultural* que contextualiza sua florescência. Especificamente, deve ficar claro um pressuposto histórico-cultural do funcionalismo como um todo (o funcionalismo em geral), a fim de que se perceba ser ele mais do que um intencional compromisso prático com a realidade (portanto, mais do que uma preocupação com a adequada relação com o real), mas uma verdadeira e muito particular *perspectiva de inteligibilidade* dessa realidade. Com isso o que se terá de perceber é que tal perspectiva não deixa de representar, ainda hoje, a expressão (uma expressão final, devemos dizer) de uma específica e diferenciada atitude da *cultura europeia* ²³⁵, a qual, se se inicia a forjar-se no *pensamento moderno*, numa estrita ruptura

²³⁴ Tal opção, todavia, não se faz de maneira arbitrária, como ensina perceber Castanheira Neves, uma vez que “o funcionalismo jurídico material tem sido já frequentado, e por nós também, em alguma daquelas suas modalidades, enquanto o funcionalismo jurídico sistêmico, salvo algumas esparsas e ocasionais referências, se mantém praticamente ausente na nossa literatura jurídica. E no entanto o grave diagnóstico que implicitamente ele faz do nosso tempo e a radical transformação que lhe imputa no sentido do direito exige-nos que o vejamos com uma particular atenção e uma não menor análise crítica.” CASTANHEIRA NEVES, A. *O funcionalismo jurídico*, op.cit., p. 209.

²³⁵ “É a ciência que nos proporciona a garantia de um mundo constante. À ciência podemos aplicar as palavras ditas por Arquimede: (Dêem-me um ponto de apoio e eu moverei o universo). (...) O processo científico leva a um equilíbrio estável, a uma estabilização e consolidação do mundo de nossas percepções e pensamento. Por outro lado, a ciência não está sozinha no cumprimento dessa tarefa. (...) Um filosofia da cultura humana, porém, deve remontar a uma fonte mais remota, O homem vivia em um

com aquilo que se cunhou cultura clássica e que se radicalizou no século passado, hoje, no já segundo decênio deste novo século, deixa às claras sua falência. Nesse sentido, o que então se projetava como “a escrita da história” fazia substituir a tentativa de compreensão das essências pela consideração em termos de resultados possíveis, ou pela possibilidade de efeitos, fazendo como que a dita *compreensão do ser* – e, portanto, de tudo de que se pode falar – admitia e demandava um *sentido funcional*: assim, ademais, que se culminaria naquilo que *Horkheimer* ousou chamar de “razão instrumental”, ou, simplesmente, podemos dizer instrumentalização do pensamento (*Instrumentalisierung des Gedankes*)²³⁶.

Não é difícil perceber a que consequência esse caminhar nos conduz. Uma sua natural implicação foi, afinal, o abandono da substância como referência material do pensamento, cedendo ela lugar à *função*, esta compreendida como momento de relação regulativo-constitutiva do até então inexistente e contingente – e isso tanto no plano do pensamento em geral, como, no que nos toca, no *pensamento jurídico*. Daí ter se tornado o funcionalismo não só uma nova perspectiva para o pensamento, sobretudo aquele voltado à inteligibilidade da *práxis* humano-social, mas também e sobretudo uma verdadeira filosofia social, não muito diferente do que ocorrera no pensamento clássico e seu *teleologismo* (a implicar, pois, o ontológico) e no pensamento moderno com sua intencionalidade empírico-científica e o *causalismo*. Funcionalismo a optar pelo ponto de vista da contínua mutação e contingente movimentação das variantes a serem consideradas pela função, tudo a se incluir num quadro geral hipercomplexo de estruturas organizatórias e de sistemas referenciais, com o que se faz mobilizar as possibilidades e os meios oportunos à consecução de programações estratégicas de objetivos (ou fins) administráveis no *efeito* que produzem.

mundo objetivo muito antes de viver em um mundo científico. Mesmo antes de ter encontrado a abordagem da ciência, sua experiência não era uma simples massa amorfa de expressões sensoriais. Era uma experiência organizada e articulada, possuidora de uma estrutura definida.” CASSIRER, Ernest. *Ensaio sobre o Homem: introdução a uma filosofia da cultura humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, pp. 338/339.

²³⁶ “Die Vernunft kommt zu sich selbst, indem sie ihre eigene Absolutheit, Vernunft im emphatischen Sinn, negiert und sich als blosses Instrument versteht. Nicht als ob es keine ernsthaften Versuche gäbe, die Behauptung von Vernunftwahrheit theoretisch zu verbürgen. Seit Descartes hat grosse Neuere Philosophie dem Kompromiss von Theologie und Wissenschaft erstrebt. (...) Selbstauflösung der Vernunft als geistiger Substanz beruht auf innerer Notwendigkeit. Theorie heute hat den Prozess, die gesellschaftlich bedingte Tendenz zum Neopositivismus, zur Instrumentalisierung des Gedankes, sowie die vergeblichen Rettungsversuche zu reflektieren und auszusprechen.” HORKHEIMER, Max. *Zur Kritik der instrumentellen Vernunft*. In. *Gesammelte Schriften Band 6*. Frankfurt: Fischer, 1991, pp. 21/22.

Função aparece-nos então como um conceito que, no âmbito dessa complexa perspectiva cultural, ganha centralidade indiscutível, atingindo tanto as preocupações direcionadas à compreensão atualizada do estado e da sociedade quanto estritamente do direito²³⁷. Daí a premência de o termos bem compreendido em suas dimensões e alcances. Até porque, sem um seu entendimento adequado, a compreensão do funcionalismo jurídico, mas também do funcionalismo como um todo, restaria incompleta.

Nesse esboço do universo de referências do funcionalismo, não recorreremos ao clássico conceito da *functio*, a referir a performance de um *munus*, o qual no campo jurídico se tornou a expressão da ideia de poderes-deveres imputáveis a alguém no exercício de determinada tarefa ou de um serviço. Como ensina *Castanheira Neves*, é o conceito matemático de função que aqui ganha importância: enunciando-se com isso a noção de *condicionalidade* ou de *dependência* em relação a variáveis então consideradas relevantes, seja num quadro geral que as hierarquiza ou num plano de imediatez entre elas, trazendo à tona sua equivalência enquanto diferentes elementos compositores de um mesmo conjunto. Trata-se da assim chamada noção de equivalência funcional. Também devemos referir, ainda que brevemente, outra linha de consideração da noção de função, aquela que põe em relevo as qualidades ou a materialidade dos elementos variáveis, caso em que função passa a ser a atuação específica de algo como um *ergon*, isto é, a especificidade da operação de algo como um seu atuar próprio, sendo, por isso, essa a sua função. De outro lado, ainda, podemos falar da função como referência operatória finalisticamente relacional, pensada então a partir do esquema meio/fim, caso em que, diferentemente do *ergon*, o meio, ainda que tenha características próprias, não importa tanto quanto o fim ao qual é destinado, ou seja, valendo antes pela sua aptidão ou não a atingi-lo.

Outra perspectiva nos indica a percepção da função como um algo inserto num contexto (um todo) já pressuposto, seguindo-se daí uma dinâmica e processo es-

²³⁷ Vale aqui fazermos, ainda que de grosso modo, uma referência histórica. É *Ascarelli* quem inaugura na Itália os estudos da perspectiva funcionalista do direito, contrapondo ao conceitualismo então em voga o emprego instrumental das categorias jurídicas e realçando a relevância dos estudos jurídicos destinados à compreensão do ambiente social em que se insere o direito, a fim de tornar mais claros e adequados os institutos jurídicos numa visão realista de seu ocorrer; tendo. Ademais, “esta “*ars combinatória*” teórica tem sua origem no estudo do direito comercial, no contato profissional de Ascarelli com os problemas da sociedade capitalista em transformação e na clareza conceitual que tinha da função econômica do direito.” Sobre essa referência, conferir: LAFER, Celso, em *Apresentação à edição brasileira*, de *Da Estrutura à Função. Novos Estudos de Teoria do Direito*, de Norberto Bobbio, São Paulo: Manole, 2007, principalmente à página LVI.

pecífico a cada órgão/função. É esse um conceito de função que advém da biologia e da psicologia, podendo ser ele concebido qual um *conceito fisiológico* na medida em que aquele todo é tido como *organismo*: cada órgão tem a sua função específica no funcionamento geral do organismo. Como se sabe, essa acepção fora introduzida de maneira analógica no pensamento sociológico, de sorte que a função passou a estabelecer o sentido seguinte: a realização ininterrupta que determinado órgão empenha à conservação e ao desenvolvimento de um determinado organismo avaliado ou apreendido no seu todo. Nesse caso, aquela relação meio/fim é abandonada e em seu lugar é utilizada a que remete à relação todo/parte, haja vista a consideração dos elementos, cada qual em sua específica função, se dar em referência operatória com o todo, também este direcionado a um fim, qual seja, em última análise *a vida*.

No que toca o funcionalismo geral e o jurídico, deu-se ainda um passo a mais no intento de cunhar-se uma “noção sistêmica de funcionalidade” que excluísse em absoluto quaisquer referências *ontológica* e *causal*²³⁸. Abandonou-se, com isso, categorias gerais e abstratas, como a *vida* acima referida, mas também a noção de *fim*, que fazia incorrer-se ainda numa visão teleológica²³⁹. Substituiu-se o conceito de organismo pelo de sistema, referindo uma auto-organização unitária de elementos cuja complexa relação chega a um processo de organização no todo autorreferencial, ou seja, que não convoca nada para além de si mesmo, não obstante postule uma *inevitável neguentropia* (entropia negativa) relativa à diferenciação face o meio exterior, tido como o seu *mundo*. Destaque-se, todavia, que essa autorreferência ou auto-organização é

²³⁸Sobre a vasta discussão acerca do *ontologismo na teoria sistêmica*, conferir o interessante trabalho de Elena Esposito, do qual ora transcrevemos uma breve advertência: “É evidente, ad esempio, che una costruzione teorica che si basi sul concetto di sistema non può evitare di presupporre, più o meno esplicitamente, che “ci sono dei sistemi”. Si tratta senz’altro di un’affermazione sul correlato ontologico della teoria, ma è sensato tacciarla di ontologismo solo se essa implica che i sistemi esistano positivamente, come dati autonomi indipendenti dall’osservazione e dalle sue condizioni; solo cioè se il correlato ontologico viene inteso nel senso dell’unica innegabile ontologia positiva, nella quale rientrano solo oggetti che non sono a loro volta osservazioni. In caso contrario, nel caso cioè in cui la teoria stessa rielabori un ordine di osservazione superiore al primo e venga costruita, nel senso della cibernetica di secondo ordine, come osservazione di osservazione, sostenere che “ci sono sistemi” non vuol dire nulla di diverso che sostenere che la teoria parla di sistemi (o, in altri termini, che osserva sistemi). E qualunque sia il concetto di ontologia al quale si rivolge la critica, questa affermazione non è comunque più ontologica di quella che la taccia di ontologismo, che a sua volta non può fare a meno di parlare di qualcosa.” ESPOSITO, Elena. *L’operazione di osservazione. Costruttivismo e teoria dei sistemi sociali*. Milano: Franco Angeli, 1992, pp. 88/89.

²³⁹ É importante pontuarmos aqui que a análise sistêmica e autopoietica trabalhado por Niklas Luhmann no âmbito social não considera os “sistemas sociais” como sistemas vivos, aí se diferenciando do pensamento de Maturana e Varela, para quem o conceito de autopoiese deveria ficar limitado à descrição de redes celulares. Sobre isso, conferir: CAPRA, Fritjof. *As conexões ocultas. Ciência para uma vida sustentável*. São Paulo: Editora Cultrix, 2002, p. 94.

concebida como um “processo interno”, importando sobretudo como elemento garante de uma autonomia face o seu meio ambiente. Com isso, o ponto central desse enfoque passa a recair na consideração da relação sistema/mundo ²⁴⁰.

O que importa frisar desse panorama é que a visão em comento se empenha em fazer purgar da análise conceitual qualquer referência de causa e de ontologia – com efeito, trata-se de um esforço teórico de *desontologizar* e de *descausalizar* o sistema e os seus elementos funcionais – que orientasse o pensamento a uma eventual pressuposição estrutural como que subsistente por si e a determinar, causal ou ontologicamente, o entendimento e o direcionamento prático e normativo da função. Em suma, o que se pretende evitar é qualquer *reductum ad unum*, adotando-se um enfoque absolutamente funcionalístico de função, expulsando-se também qualquer redução monística e também qualquer linearidade de determinações e consequências. O que antes ganhará relevo, no âmbito de uma possível variação em *continuum* das referências funcionais e dos contextos sistemáticos, bem como dos objetivos a se asserir, é um irredutível “pluralismo funcional”: com a conclusão a que já chamamos atenção, qual seja a de que não há um só funcionalismo, posto movimentar-se este em crescentes possibilidades funcionais, mas diferentes modalidades de funcionalização.

Esse verdadeiro *pluralismo funcional* – a referir inúmeros possíveis funcionalismos; daí, ademais, a noção de diferendo parecer mais adequada à de sistema – atinge também o pensamento funcionalista no âmbito jurídico. Não é por outro motivo que da mesma forma que falamos no plural quando tratamos do funcionalismo, o mesmo temos de fazer quando falamos somente em função, especificamente no espaço do direi-

²⁴⁰ “Conceito este de sistema que foi adoptado e se generalizou em todos os domínios em que se queira pensar a racionalização de uma complexidade, desde a física e química à biológica, desde a sociologia às ciências humanas em geral (política, direito, ecologia, etc.) a ponto de essa insistente generalização justificar que se fale de uma actual “galáxia auto”.” CASTANHEIRA NEVES, A. *O funcionalismo jurídico*, op.cit., p. 215. Nesse mesmo texto de Castanheira pode se aprender que sob esse conceito sistêmico de função são subsumidas duas diferentes perspectivas, quais seja as assim chamadas *visão cibernética* e *visão autopoietica*, ambas, não obstante suas diferenças internas, a referir a adoção de “*the functional point of view*” – com a respectiva e sobremaneira relevante *desontologização* do elementos e variantes em favor de uma sua estrita *funcionalização*. Assim prossegue Castanheira à página 216: “Trata-se, pois, de um *conceito sistêmico de função* que se enunciará nestes termos: a função será a exigência ou as exigências performativas que um sistema implica quer para o seus elementos, em ordem à diferenciada subsistência, ao equilíbrio auto-organizado e ao desenvolvimento autónomo do sistema, quer para o próprio sistema enquanto tal e que igualmente lhe garanta a sua identidade perante os outros sistemas ou o meio exterior (o ambiente ou o seu “mundo”); de outro modo, os contributos ou as prestações que os elementos de um sistema são chamados a realizar justamente como elementos dele enquanto possibilidades autorreferidas da sua constitutiva auto-organização (como elementos da sua autopoiesis).”

to: não, pois, a função do direito, mas as “*funções do direito*”. Perceba-se, portanto, que o direito não vai concebido de modo estritamente funcionalístico quando simplesmente se lhe reconhecer determinadas funções, ou a se lhe inferir a obrigatoriedade de “cumprir sua função” (a função do direito), mas quando, e tão somente quando efetivamente se lhe estiverem sendo convocadas *específicas finalidades* ou objetivos a serem realizados. Essas finalidades, não obstante sejam determinadas previamente à referência ao direito (que se torna *meio*), são ainda assim “contingentes”: daí que elas não possam ser confundidas com a teleologia característica da visão ontológica, ou mesmo metafísica²⁴¹. Essa diferença é de fato fulcral²⁴². Não se trata de perceber o direito como algo *em-si*, cuja performance disponibilizaria uma sua função e uma reflexão conceitual próprias, mas antes como mais um elemento numa relação sistêmico-funcional com o seu *mundo*. Apenas dessa maneira, com esse enfoque peculiar da juridicidade, estará o âmbito jurídico com efeito subsumido numa apreensão funcional e funcionalizado por *objetivos* ou *fins*, *resultados* ou *efeitos* pretendidos que *em-si* também não são jurídicos, mas *transjurídicos* – a referir, pois, uma *normatividade alienígena*, seja ela política, social ou econômica. Estas a visarem-lhe (o direito) com um olhar que o trespassa, posto vislumbrarem no *modus* jurídico somente um meio, como instrumento de suas perseguições próprias e egoísticas.

Não se trata, por conseguinte, de uma aferição da função do direito por meio da inferência de determinadas funções estabilizadoras (como seria a necessidade de “segurança jurídica”), uma vez que nesse caso o que se está a fazer é referir não propriamente ao funcionalismo (e sua disponibilidade histórica), mas à consignação de *tarefas específicas* cuja realização se faria como que premente ao direito: o exemplo do assentamento de um sentido de compromisso humanamente assumido é também esclarecedor. Sobretudo porque, como frisa *Castanheira Neves*, nesse caso não está presente uma tentativa de marcar a experiência jurídica com a etiqueta de “instrumento históri-

²⁴¹ “Il nostro diritto non è più concepito ccome il diritto naturale vetero-europeo, come rappresentazione di buoni scopi dell’agire e, quindi, non è più costruito secondo una immanenza etico-teleologica; esso è largamente esonerato da valutazioni relative agli scopi e per questo anche dalla responsabilità relativa agli scopi.” LUHMANN, Niklas. *La differenziazione del diritto*. Op.Cit., p. 208.

²⁴² Perceba-se, portanto, que não estamos aqui a nos referir a eventuais funções jurídicas do direito, como no mais das vezes se assere quando se diz da necessidade de garantir a certeza e a segurança jurídica, a possibilidade de alteração e resolução dos conflitos de interesses, organização social, legitimação e limitação do poder político; as funções de integração social, de sua estruturação, da pacificação social, da sociabilização, com a consequente planificação das ações, regulação das condutas e a gestão de conflitos.

co”: não há qualquer intenção de percebê-lo como meio potencialmente manipulável ante sua contingência normativa. O que se tem aí é uma referência específica e humanizadora que se lhe está a conferir: sob esse enfoque, dispensam-se ao direito algumas tarefas, de modo que a ele caberia, tal qual à religião, à arte, ao conhecimento, à moralidade e outras fundamentais determinações da prática humano-existencial (ao pensamento humano), um *transcendens* próprio, isto é, a realização de uma *justiça autêntica*. Trata-se, portanto, de uma ontologização da função ou da tarefa jurídica. Ademais, *tarefa* não se confunde com *função*. Conferir tarefas ao direito seria, pois, dimensioná-lo numa perspectiva de *normatividade*, com a assunção de compromissos humanos que iriam insertos em sua própria essência, a “essência do direito”, assumindo-se que o direito teria uma tarefa prática cabal. Enquanto a tarefa traz, nesse sentido, uma dimensão cultural mais forte, a função demarca somente um espaço vazio dentro do qual a contingência reina absoluta.

Igualmente, em nada se confunde com o “funcionalismo sistêmico” do direito ainda outra compreensão, embora já definitivamente inserta na perspectiva de um funcionalismo social, isto é, um olhar que deveras não nega e antes aceita como sua a necessidade de uma análise jurídica que leve em consideração uma *teoria global da sociedade*, mas a concluir – diferentemente do funcionalismo sistêmico – que nesse contexto a própria realidade jurídica (sócio-jurídica) estaria a impor ao pensamento jurídico a assunção de novas funções²⁴³. Novamente, portanto, a função será compreendida como que normativamente, e não apenas contingentemente. Trata-se de assumir no discurso jurídico o levante da “teoria funcional” advinda das abordagens sociológicas e para fazer frente às investidas estruturalistas predominantes na determinação da juridicidade. Enquanto a análise estrutural se colocaria simplesmente a questão quanto ao “como o direito é feito”, a teoria funcionalista – nesse sentido não sistêmico – se per-

²⁴³ Esta é a atitude de Norberto Bobbio, pode-se dizer, em sua segunda fase de pensador do direito. Com efeito, nessa nova fase Bobbio está mais voltado e preocupado com as funções do direito diante da complexidade crescente do social. Sua visão, no entanto, não abandona seu trabalho anterior, estritamente estrutural, desenhado na esteira da teoria pura de Hans Kelsen, mas adere-lhe uma maior preocupação funcional. Teríamos, pois, uma teoria estrutural-funcional do direito – o que, como veremos, ainda impede de se apreender o direito em sua autonomia. Ver, nesse sentido, LOSANO, Mario. *O pensamento de Norberto Bobbio, do positivismo jurídico à função do direito*. In. Da estrutura à função. São Paulo: Manole, 2007, p. XLI: “Aceitar a função como elemento essencial do direito não implica, contudo, a rejeição de uma visão estrutural do direito. tratar-se, não de um repúdio, mas sim de um completamento: a explicação estrutural do direito conserva intacta a sua força heurística, mas deve ser completada com uma explicação funcional do direito.”

guntaria “para que o direito serve”²⁴⁴. Para além da “função” tradicionalmente conferida ao direito, qual seja a do exercício passivo do *controle social* – perspectiva essa calcada, diga-se de passagem, na noção liberal de estado e de homem livre e agente, e um direito como estrutura de *coação* –, o direito estaria também orientado para aquele homem inerte, passivo, que precisa de provocações para agir. Daí *Norberto Bobbio* falar num *direito promocional*: cujo fito seria direcionar o comportamento social dos indivíduos em sentidos e a objetivos preestabelecidos. Frise-se, nesse caso, a absoluta compatibilidade entre as perspectivas estrutural e funcional do direito, a primeira voltada ao desempenho da coação positiva dos comportamentos individuais, a segunda à assim chamada coação negativa, a orientar aquele homem inerte num sentido também econômico (ou outro) da vontade estatal²⁴⁵.

Aqui se impõe façamos duas considerações mais pontuais. A primeira diz respeito aos limites normativos expressamente assumidos por essa perspectiva, uma vez que se propõe a trilhar um caminho cujo mapa se lhe apresenta pronto e especifica-

²⁴⁴ “(...) a análise estrutural foi levada muito mais a fundo do que a análise funcional. Herbert L. A. Hart, autor da obra de teoria do direito que alcançou os maiores consensos aquém e além do Oceano Atlântico nos últimos anos, parte de uma análise de carências funcionais dos ordenamentos primitivos para culminar em uma determinação do conceito de direito – o ordenamento jurídico é um composto de normas primárias e secundárias –, no qual o estruturalismo celebra os seus próprios triunfos.” BOBBIO, Norberto. *Em direito a uma teoria funcionalista do direito*. In. *Da estrutura à função*, p. 53 e seguintes. E, mais à frente, prossegue: “Na obra de Kelsen, não só análise funcional e estrutural estão declaradamente separadas, como esta separação é a base teórica sobre a qual ele funda a exclusão da primeira em favor da segunda. Como todos sabem, para o fundador da teoria pura do direito, uma teoria científica do direito não deve se ocupar da função do direito, mas tão somente dos seus elementos estruturais.” KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Op.Cit.: “Esta doutrina [a doutrina pura do direito] não considera (...) o objetivo que é perseguido e alcançado pelo ordenamento jurídico, mas tão somente o ordenamento jurídico em si mesmo; e considera este ordenamento na autonomia normativa própria da sua estrutura, e não em relação a este seu objetivo.”

²⁴⁵ “Se o reconhecimento da importância do direito promocional pode ter algum efeito, não é tanto em relação à abordagem estrutural do direito, mas sobretudo, à abordagem funcional. Enquanto do ponto de vista estrutural o direito pode continuar a ser definido, mesmo depois do aparecimento do direito promocional, como norma hipotética (no plano da nomostática) e como ordenamento em graus (no plano da nomodinâmica), do ponto de vista funcional, uma vez individualizada a categoria do direito promocional, não pode ser definido como uma forma de controle social. O conceito de controle é perfeitamente adequado se continuarmos a considerar o direito na sua função tradicional de proteção-repressão. Torna-se, a meu ver, menos adequado se levarmos em conta, igualmente, a função promocional. A função de um ordenamento jurídico não é somente controlar os comportamentos dos indivíduos, o que pode ser obtido por meio da técnica das sanções negativas, mas também direcionar os comportamentos para certos objetivos preestabelecidos. Isso pode ser obtido, preferivelmente, por meio da técnica das sanções positivas e dos incentivos. Costuma-se dizer que a concepção tradicional do direito como ordenamento coativo funda-se sobre o pressuposto do homem mau, cujas tendências anti-sociais devem, exatamente, ser controladas. Podemos dizer que a consideração do direito como ordenamento diretivo parte do pressuposto do homem inerte, passivo, indiferente, o qual deve ser estimulado, provocado, solicitado. Creio, portanto, que hoje seja mais correto definir o direito, do ponto de vista funcional, como forma de controle e de *direção social*.” BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função. Novos estudos de teoria do direito*. São Paulo: Manoloe, 2007, pp. 78/79.

mente delineado sob o olhar estrutural da normatividade jurídica: ou, usando as palavras de *Bobbio*, de uma visão *estruturalista da juridicidade*. Cuida-se mesmo de um funcionalismo que se opera de forma acoplada ao precedente do estruturalismo, este, de sua parte, ainda sobremaneira carregado das premissas cognitivistas da teoria pura e do normativismo jurídico. O ponto de partida estrutural desse funcionalismo social resta mesmo intacto, assente que está na dicotomia entre *Sein und Sollen*, não obstante não se deva negar que noutros escritos o jurista italiano refira a infiltração do primeiro no segundo: isto é, a dependência do *Sollen* frente ao *Sein*. Fato é que, embora realize uma modernização e amplie o grau de complexidade dos estudos jurídicos (e o faz justamente: com efeito, o funcionalismo cumpre funções – com o perdão do trocadilho – fulcrais no âmbito dos estudos jurídicos), o direito ainda vai aí impresso no plano legiferante do *Sollen*. A noção de *direito promocional* não se destina a conceber uma mais adequada articulação da juridicidade como fenômeno autônomo, ainda que em sua suposta função, e com ela não se permite sair do fechamento estrutural de um sistema estatal previamente dado. Pressupõe um direito normatizado, objetivamente posto em forma de ordenamento, para então intentar funcioná-lo, e tudo isso sem qualquer referência à reflexividade que, em verdade, cunha o direito em concreto.

Direito promocional é categoria que alveja não o direito *em-si*, tampouco uma delimitação da juridicidade que o faz ter vida própria, sequer, ainda, as incertezas e irracionalidades que dele tendem a tomar conta: e é a essas dificuldades que deve manter-se atento o pensamento jurídico. Em verdade, sua destinação é outra: suas intenções voltam-se ao sistema mais amplo (o *Absoluto hegeliano*) que optou por estruturar o direito num feitiço legiferante, como síntese que se fechou na normatividade estatal da juridicidade, em suma, à opção unilateral (e monista) da teoria geral do direito e estado. Ocorre que o direito apenas percorre e atualmente ultrapassa esse espaço, não sendo este de modo algum seu limite próprio, tampouco heteronomamente vitorioso nas sociedades contemporâneas²⁴⁶. Embora historicamente se faça mesmo inevitável uma

²⁴⁶ “La specializzazione di rami scientifici, settori tecnici, mercati economici non rinvia a un *genus* unitário e comune, che dia significato alle singole *species*. Queste sono isolate, sempre più scomposte e frammentarie, sempre più minute e particolari. Non già prive di logica, ma anzi rette da rigorose logiche dei singoli campi. Il “globale”, nel senso che può essere per ogni dove o che costituisce il proprio illimitato spazio, non è unità, ma ubiquità. Non è un ‘totale’, provvisto di significato complessivo e capace di trasmetterlo alle varie parti del tutto. La relazione, che stringe i singoli elementi, non è relazione circolare di parti a tutto, ma, per così dire, orizzontale (...)” IRTI, Natalino. *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*. Roma: Editori Laterza, 2006, p. 60.

síntese no estado, é inegável que sua dialética não se fecha nessa instância, e o próprio movimento do direito exige que assim não seja. As contribuições do funcionalismo deveriam operar, portanto, noutra âmbito, alimentando o seu pensamento com uma dieta menos unilateral, considerando as variantes normativas como pluralidade em crescente contínuo, bem como o inequívoco romper-se das fronteiras tradicionais ²⁴⁷.

Essa *limitação estrutural* (a estrutura como limite da *functio*) é afinal o que condena essa visada funcionalista a permanecer num plano reflexivo que, não obstante se pretenda dinâmico e praxista, *ontologiza o que é o direito*. Quer-se com isso dizer que, embora de fato se esteja aí a apostar num enlace funcional da juridicidade (ainda vista estruturalmente) conferindo-a aquele escopo primordial de “controlar” e “dirigir” a dinâmica social a partir da deriva autônoma do fenômeno jurídico, não é difícil perceber que em verdade não temos diante de nós um verdadeiro funcionalismo: isto é, aquela perspectiva que tem a audácia de alocar seu *prius metodológico* na *functio* propriamente dita (e não numa estrutura prévia) e que então exige lhe sejam abandonados quaisquer pressupostos. Daí que o funcionalismo (o autêntico funcionalismo) que se edifica sobre o arsenal da teoria sistêmica da sociedade, a apreender a *functio* como elemento ao qual convergem sim cadeias infindas de normatividade, mas jamais uma estrutura previamente determinante (que então a carimbaria no tempo e a ontologizaria), negue no todo um hipotético equilíbrio entre a estrutura de controle e de direção social e a função propriamente dita. A abertura indeterminada que o devir da *societas* encontra diante das incertezas do futuro – o futuro como pano de fundo que em verdade não antecipa qualquer finalidade normativa –, toda a crescente multiplicidade de fins

²⁴⁷ É diante dessa dificuldade que parece inevitável concordemos com Rui Cunha Martins quanto à necessidade de uma *reinvenção das alternativas*. Sobre isso, conferir: CUNHA MARTINS, Rui. *O método da fronteira*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 231: “Claro que isto tem um preço. Elevado, de resto. Não é seguro em que sentido a fronteira vai actuar. Não é segura qual das suas funcionalidades se vai exprimir. Não é seguro que haja controle sobre um eventual desdobramento alucinatório das várias modalidades fronteiriças rumo à sua auto-celebração. Não é seguro, quer tudo isso dizer, que se consiga uma filtragem mínima sobre a sua reconhecida *disponibilidade*. E nada está absolutamente garantido, também, pelo seguinte: porque é árduo o consenso sobre quem irá fazer (a fronteira tem autor), sobre os institutos com que o irá fazer (a fronteira tem dimensão fundacional), ou sobre a teoria argumentativa usada para legitimar esse acto político de activação do dispositivo (a fronteira é ambígua quando mobilizada teoricamente). A fronteira é, de facto, incondicionalmente, disponível. Sem remissão ficaremos à mercê da conjuntura, da oportunidade ou da inovação que, interagindo com determinada propriedade da fronteira, lhe hão-de modificar a forma, o conteúdo, a relação com o visível, ou o grau de ineditismo (a fronteira promove regimes de adaptabilidade). Como sem remissão ficaremos à mercê da possibilidade de que essa fronteira tão cretiosamente desenhada se deixe contaminar, promiscuamente, mediante a irresistível sedução sobre ela exercida por outras ascalas fronteiriças (porque esse mecanismo que é a fronteira estrutura-se no âmbito de regimes de reproduzibilidades). Cada decisão, com efeito, carrega em si todo este lastro histórico que o conceito foi construindo.”

socialmente almejaváveis, bem como a exponencial complexidade de seus possíveis efeitos funcionais e a, digamos, quase absoluta impossibilidade de controlá-los – tudo isso como condições de trabalho diante das quais se teria de colocar aquele que endossasse a pretensão de regência dos comportamentos humano-sociais – sobrepujaria em definitivo as possibilidades de um tal projeto de controle social por meio do assim chamado *modus* jurídico. Não é por outro motivo, ademais, que se faz forçoso percebermos a diferença entre os assim chamados funcionalismos jurídicos: afinal, nem todo funcionalismo será efetivamente funcionalismo.

Dessarte, é no ensejo de que nos prime a *ruptura da unidade* entre segurança de expectativas e direção de comportamentos a se operar na esteira da indeterminação e constante diferenciação funcional dos fenômenos sociais – no que se imputa ao direito – nesse quadro geral de complexidade quase incomensurável, a *função* mera (e nada mais!) de estabilizar e ratificar as expectativas que lhe cheguem numa espécie de vinculação do tempo (*Zeitbildung*) diante do futuro incerto²⁴⁸. Perceba-se, porém, que esse quadro geral nos indica a total incapacidade de o direito assumir uma “intenção regulativa” – num sentido forte – da sociabilidade²⁴⁹. De qualquer maneira, se de um lado confirma-se a inviabilidade de um projeto de planificação funcional, porquanto em tese ainda com alguma reminiscência de ontologia, aponta-se de outro lado a uma *equivalência funcional* do direito frente a outros meios de solução de conflitos – tais como a moral, a economia, os costumes, a política e os poderes, etc. –, restando-lhe tão só uma diferenciação funcional, no todo contingente, não referente às suas eventuais *prestações*, mas à sua *função*. Asseirar uma congruente generalização de expectativas normativas, estabilizando-as numa regulação temporal historicamente localizada: essa afinal a verdadeira função do direito para o funcionalismo em geral. A intenção que então se erige será, portanto, propriamente *regulativa*, colocando em destaque não tanto a imagem de uma função essencial da juridicidade no plano geral da prática humana,

²⁴⁸ “Attraverso il processo di differenziazione di un sistema del diritto, la funzione giuridica, che deve essere soddisfatta nella società in tutta la sua ampiezza, viene ricostruita con riferimento ad una differenza tra sistema (del diritto) e ambiente *all'interno* della società. La funzione e il problema di riferimento restano rilevanti per l'intera società; essi possono essere presupposti ovunque e ad essi si può fare appello ovunque: questo però solo nella forma del superamento di un limite.” LUHMANN, Niklas. *Differenziazione del diritto*. Itália: Il Mulino, 1990, p. 67.

²⁴⁹ “O direito tem, segundo Luhmann, no problema dos conflitos, das expectativas e dos comportamentos uma função própria, que não pode ser resolvida através de planificação e sempre melhor planificação, mas que acentua, pelo contrário, a sua significação perante a crescente contingência e dependência decisória de todas as relações da vida.” CASTANHEIRA NEVES, A. *O funcionalismo Jurídico*. Op.Cit., p. 222.

mas a constituição e organização do próprio direito, e contingentemente, sendo-lhe imputadas funções num nível programático (e mesmo estratégico) ²⁵⁰.

b) O pensar jurídico funcionalista: “mascarando” a ocorrência jurídica.

Já temos suficientemente delineado o quadro geral de informações referentes à compreensão funcionalista da *societas*. Daqui em diante, interessa-nos sobretudo a sua apreensão ou tradução em termos de pensamento jurídico, especificamente o *pensamento jurídico funcionalista* e sua visão de direito. O caminho que então percorremos vem indicado nas três questões acima aludidas, e que só agora, passado referido quadro geral, parecemos estar em condições de assimilar satisfatoriamente. Uma primeira pergunta a que se propõe o funcionalismo jurídico assim se dispõe: “o direito para quem serve?” É com ela que devemos iniciar. Note-se desde logo que não se parte, nessa visão jurídico-funcionalista, de uma inquietação acerca de *o que é o direito*: com efeito, essa é uma interrogação que em absoluto incomoda aqueles que pensam funcionalisticamente a juridicidade. Vislumbrado como mero *instrumento* e *função*, de sorte a se acertar que o direito não é mais um *fim*, mas um meio para consecução de fins vários – lembremos: ele está lançado numa total contingência e relatividade normativa, diante da inelutável mutação dos interesses e objetivos sociais que o mobilizem –, em nada se toca a questão do *sentido do direito*. Com isso, a partir dessa ignorância perante o *sentire* próprio da juridicidade, toda uma plêiade de consequências se nos afiguram infungíveis, às quais temos aqui de chamar atenção. E é com tal plêiade que se desenha, afinal, toda uma nova perspectiva de apreensão, a da *intencionalidade funcional*.

Abandonada qualquer intenção de laborar a práxis jurídica no âmbito judicativo do pensamento que se volta a perquirir e a realizar o sentido do direito no *diferendo* – no mundo hoje – e com isso deixando-se de lado a possibilidade de um seu trata-

²⁵⁰ Neste ponto, *Castanheira Neves* ensina perceber a diferença que há entre uma *intenção descritiva* da função jurídica e uma *intenção determinativa*, caso este último em que o que efetivamente interessa conhecer são as atribuições que se orienta à operatória do direito, isto é, o chamamento à execução de funções no plano social as quais só serão por ele realizadas por ser ele de fato o Direito. No que nos interessa aqui, ou seja, o desfiar do verdadeiro funcionalismo, “a intenção já será regulativa, uma vez que o relevante estará antes em constituir e organizar o direito, ou um certo direito, e operar com ele assim, de modo a que possa cumprir certa função ou funções que programaticamente se pretenda que ele cumpra ou vise realizar. Por outras palavras ainda, num caso as funções (reconhecíveis) são um resultado do direito (implicadas na sua presunção como direito ou considerado ele independentemente e antes de se interrogarem as suas funções), no outro caso o direito deverá ser o resultado das funções pretendidas (constituído para se realizarem essas funções e como um meio ou instrumento para essa realização.”

mento como fenômeno de ocorrência autônoma nesse mesmo *diferendo*, a intencionalidade funcionalística *opta* por uma esteira no todo avessa ao lugar próprio da juridicidade, naquilo que parece ser sua *essência*, não obstante fale tanto em autonomia sistêmica²⁵¹: assim, aos *valores* se faz substituir os (não tão seus) *fins*; e, aos *fundamentos* substituem-se os *efeitos*²⁵². Não há qualquer reverência à noção de validade dos juízos decisórios, sempre tão cara aos juristas. Desincumbe-se por completo de qualquer vinculação normativa da prática judicativa, restando suficiente um seu trabalho – nesse sentido – ainda positivista a partir da noção de “competência funcional”.

Se os “fundamentos” poderiam traduzir asserções acerca da “validade” da ocorrência jurídica, como crê o jurisprudencialismo, tanto em sua dimensão prática quanto teórica, os “efeitos” demandam outra espécie de racionalidade: eles são assumidos como meros garantes da concludência ou não de determinados resultados, estes percebidos sempre empiricamente, e cuja consumação dirá afinal se o resultado pretendido se fez atingir ou não, isto é, dirá quanto ao grau de eficácia desejado. Trata-se, portanto, de um *pragmatismo funcional* que mobiliza instrumentos²⁵³, sem importar em nada quais sejam eles, com o fito de desempenhar uma relação operacional voltada à análise de resultados e efeitos manipuláveis, firmando-se aí, pois, uma intenção de *planificação* ou de programação diferenciada diante da tradicional (ou, tradicionalista) pretensão de *ordem*. Ponto este último que permite à visão funcionalista se conclamar crítica ou simplesmente contraposta à manutenção do *status quo*, posto preferir trilhar

²⁵¹ “Tratando-se muito claramente de exigir que na determinação do problema do direito e nas soluções de integração de integração (intencional e teleologicamente específicas) que assimilem este problema – no modo como aquela determinação e estas soluções convertem um problema necessário de partilha do mundo num problema (prático-culturalmente auto-subsistente) de *suum cuique tribuere* – se reconheça enfim um exercício-*ordinans* civilizacionalmente inconfundível (como tal não universalizável): a “alternativa humana” (enquanto resposta apenas culturalmente possível para um problema necessário).” AROSO LINHARES, J. *O dito do direito e o dizer da justiça*. Op.Cit., p. 227.

²⁵² Numa síntese dessa visão: “O direito, note-se, é transformado em uma técnica regulamentadora de colisões e atritos oriundos das concretas relações desenvolvidas na sociedade. Nessa perspectiva, nitidamente, há uma desconsideração em relação ao comprometimento das decisões jurídicas com uma fundamentação que repouse sobre considerações de natureza valorativa. O direito ancora-se na adequação social de suas decisões, como elemento estabilizador, que reduz as tensões nascidas da complexidade social. Porém, frise-se, sem a constituição de uma matriz decisória submetida a uma justeza de fundamento, mas através do estabelecimento de um elo vinculativo de regulação programática do sistema global da sociedade. O direito – um sub-sistema do sistema global – actua como uma instância interna redutora da complexidade, pautado por uma racionalidade finalística, sob uma perspectiva axiologicamente neutra e funcionalmente instrumentalizada.” MELGARÉ, Plínio Saraiva. *Juridicidade: sua compreensão político-jurídica a partir do pensamento moderno-iluminista*. Op.Cit., p. 132.

²⁵³ “Positivismus und Pragmatismus identifizieren die Philosophie mit Szientivismus. Aus diesen Ausdruck des positivistischen Ansatzes betrachtet. Die beiden Philosophien sind nur insofern verschieden, als der frühere Positivismus einen Phänomenalismus vertrat, das heist einen sensualistischen Idealismus.” HORKHEIMER, Max. *Zur Kritik der instrumentellen Vernunft*. Op. cit., p. 63.

as vias que a dinâmica transformadora da *societas* imprime a si mesmo e sempre com novos objetivos e prioridades gerais. Em última análise, encontramos aqui a opção por um *taxis* contrapondo a um pensamento calcado na noção fundamental de um *kosmos*, como explicaremos no capítulo seguinte. Por fim e com tudo isso, chegamos a uma práxis histórica que é considerada em termos de *consequencialidade*, isto é, uma decisão cujo critério não vem problematizado na realização de uma *validade* (uma *normatividade autônoma* que faça referência ao *justo jurídico*), mas orientado por argumentos estritamente consequencialistas com avaliação sempre *a posteriori*.

Já dissemos quão inelutável é a comunicação normativa entre direito e sociedade. E quando o fizemos salientamos que a assunção teoria de uma tal relação não deve apagar o desenho próprio da juridicidade: isto é, referida relação não carece fazer perder de vista a reflexão que dispõe da *essência do direito*. Atingido pelo devir que compõem a realidade societal em que se insere, também o direito guarda um seu devir muito próprio, de sorte que, não obstante relacionar-se (em dialética) com os mais diversos discursos normativos que lhe intentam enfronhar a ocorrência, sempre lhe resta algum espaço categoricamente seu ²⁵⁴. O pensamento que o pensa, o qual caminha sim até o *infinito*, uma vez que labora no agenciamento uma série indefinível de pretensões de juridicidade, permanece todavia sempre ali, marcando os limites de um ocorrer cuja reflexividade, em não sendo mera hermenêutica, o normatiza *sub judice*. É esse o espaço que deve ser percebido e delimitado quando o direito é atingido pela miríade de sentidos que marca o *diferendo*: trespassado por este, o próprio direito não ganha sua forma, permanecendo sempre direito.

A isso não se atenta a visão sistêmica ²⁵⁵. Esta prefere conferir uma sua (ego-ística) forma ao direito, na medida em que o arranca de seu devir próprio, embora ela o

²⁵⁴ Como ensina Aroso Linhares: “Só um entendimento destes vínculos prático-culturais nos permitirá com efeito compreender a juridicidade na sua autonomia (sem a circunscrever a uma resposta ou ciclo de respostas)... (...) De tal modo que o regresso da comunidade possa pensar-se independentemente da sua “experiência” pré-moderna (e do humanismo de presença que esta assimila) – enquanto e na medida em que se abre a um pensamento (integralmente) prático e `s representações de controvérsias e do juízo que o tornam possível. (...) De tal modo que a relação constitutivo com a *societas*-artefacto deva oferecer-se-nos *apenas* como um dos eixos de inteligibilidade e ter em conta – como aquele eixo que se reponsibiliza pela perspectiva heteronomamente macroscópica da *lex*. O que é ainda evidentemente exigir que a especificidade do jurídico possa (e deva) ser explorada para além do *institutional environment* do *Estado-de-direito* (ou da aquisição irrenunciável que a sua formalização manifesta).” AROSO LINHARES, J. *O dito do direito e o dizer da justiça*. Op.Cit., p. 229.

²⁵⁵ Mas não apenas o funcionalismo sistêmico, indo nesse mesmo sentido toda a série de funcionalismos: “Tratando-se, em qualquer dos casos, de reduzir a realização do direito a um processo de “cálculo”, no qual a pré-determinação da regra ou da estratégia – se não dos métodos ou operatórias (e crité-

negue e diga tratar-se antes de uma inevitabilidade funcional. Em face de tão estranha e peculiar concepção do direito (a concepção sistêmica), também as categorias que a permitem assim concebê-lo se nos mostram no todo diferentes. Há toda uma sistemática (sintética) de filtros a compor a sua *inteligibilidade funcional*. Assim, porque a *norma* que até então assegurara a visão normativista do direito e sua análise estrutural, que, embora formalista²⁵⁶, intenta ainda garantir um horizonte de autonomia à racionalidade da normatividade jurídica, delimita uma ontologia jurídica, o funcionalismo não a assume como primordial. Considera-a mesmo secundária, na medida em que a funcionaliza: percebe que a dimensão estrutural do funcionalismo secundariza a norma em razão da função que ela por ventura possa assumir. Com isso, à norma substitui-se a *função*, sem que se abra mão, no entanto, da noção de *regra*, esta, pelo contrário, sobremaneira relevante, haja vista alocar o critério convencional a ser operado no plano da redução da contingência.

Da função decorrem todos os demais componentes categóricos do funcionalismo. Desde já, os de *finalidade* e de *instrumentalidade*, os quais carrearão de conteúdo o ocorrer jurídico, isto é a implementação prática de sua função. Daí falar-se na elaboração de um *Zweckprogramm*, no todo inconfundível com o tradicional esquema “se/então” de um *Konditionalprogramm*. Como não faria sentido admitir-se uma programação funcional posta tão só *in abstractum*, sem a consideração do momento prático de sua realização *in concretum*, a convocação de uma realização decisória se impõe fulcral – esse ponto será tratado de maneira mais detida mais à frente, quando tratarmos do assim chamado “paradigma de decisão” que passa a substituir o anterior “paradigma de aplicação”.

rios de *contrôle*) que justificam a prioridade da sua perspectiva (ou do enquadramento que esta proporciona) – determina afinal uma ausência de *responsabilidade* – no limite também a institucionalização lograda de uma prática de *desresponsabilização*.” Ibidem, p. 225.

²⁵⁶ “Was sind die Konsequenzen der Formalisierung der Vernunft? Gerechtigkeit, Gleichheit, Glück, Toleranz, alle die Begriffe, die, wie erwähnt, in den vorhergehenden Jahrhunderten der Vernunft innewohnen oder von ihr sanktioniert sein sollten, haben ihre geistigen Wurzeln verloren. Sie sind noch Ziel und Zweck, aber es gibt keine rationale Instanz, der befugt wäre, ihnen einen Wert zuzusprechen und sie mite einer objektiven Realität zusammenzubringen. (...) Nach der Philosophie des durchschnittlichen modernen Intellektuellen gibt es nur eine Autorität, nämlich die Wissenschaft, begriffen als Klassifikation von Tatsachen und Berechnung von Wahrscheinlichkeiten. Die Feststellung, dass Gerechtigkeit und Freiheit an sich besser sind als Ungerechtigkeit und Unterdrückung, ist wissenschaftlich nicht verifizierbar und nutzlos. An sich klingt sie mittlerweile gerade so sinnlos wie die Feststellung, Rot sei schön als Blau oder Ei besser als Milch.” HORKHEIMER, Max. *Zur Kritik der instrumentellen Vernunft*. Op. cit., p. 44.

Se, deveras, percebemos diante de nós um desenho cujo *empenho teórico* excede as barreiras daquele simples-real, fazendo-o mesmo desaparecer, o “ato individualizador” do programa oferecido em abstrato e ao qual é chamada a tomada de decisão – o *decisium* como um verdadeiro núcleo do funcionalismo jurídico –, decisão essa de uma *voluntas* desacreditada num seu controle racional (mas apenas em parte descrente, como veremos), é o momento em que se propõe a consecução concreta dos fins e objetivos do *Zweckprogramm*. Isso se opera por meio de uma “opção individual” – da personalidade do *decisor* – entre as alternativas que se colocam em demanda: é aqui, finalmente, que o programa-proposta funcionalista parece ganhar enraizamento histórico. Não está aí em questão a sua determinação (e concretização) por meio de uma suposta “necessidade lógica”, tampouco uma sua aplicação dedutiva decorrente de um jogo de premissas e conclusão-síntese, mas uma específica *teoria racional da decisão*, racionalizada na conjugação prática dos “objetivos” e dos critérios-regras e os efeitos previsíveis. Tudo isso deve deixar claro que, embora se admita algum *controle* da decisão (uma tentativa de domar aquela *voluntas*) nos limites da teoria referida, admite-se também e com veemência uma implacável autonomia do *momento decisório*: tal autonomia não poderia, com efeito, ser recusada pelo funcionalismo, uma vez que se assim fosse restaria inviabilizado a consecução prática dos fins e dos objetivos programáticos. Assim, diante do que até aqui foi dito, percebemos os três planos básicos em que se dinamiza a inteligibilidade e a ocorrência do “funcionalismo sistêmico”: a programação finalística; o estabelecimento dos critérios e regras para atingi-la; e, o momento fulcral da *decisão*. Ademais disso, o contexto é o do *pluralismo*, como também já o dissemos, de sorte que não poderão esses três planos sofrer qualquer *reductio ad unum*, qualquer inferência monista e sequer uma simples polarização: a complexidade é pressuposto do qual aqui não se poderá fugir.

Tais categorias são convocadas a servir a, ou, melhor, pressupõem elas a condição sempre funcional de se articularem a serviço da configuração e concretização de uma específica forma de racionalidade. O funcionalismo plasma no tempo sua própria racionalidade (como forma de apreender a realidade), nomeada uma *racionalidade finalístico-funcional*: vê-se aí, todavia, um verdadeiro rebaixamento do pensamento, senão da razão (*Erniedrigung der Vernunft*), ante as suas potencialidades, como o faz perceber *Horkheimer*. De tal modo que, se até aqui referimos uma *Instrumentellen*

Vernunft, não deixemos de lembrar, nesse mesmo sentido, de uma bastante peculiar dicotomização do “pensamento prático” implícita nesses estudos: de um lado, com a *Zweckrationalität*; de outro lado, sua antítese teórica, a assim chamada *Wertrationalität*. Ambas a referirem o uso prático do pensamento, como se disse: a referirem, em suma, a ideia de “razão prática”²⁵⁷. Não se deve perder de vista que o funcionalismo, não obstante sua arquitetônica categorial se nos dispor de forma excessivamente teórica, intenta operar como perspectiva prática, vindo daí, ademais, a alcuinha de *funcional*. Por conseguinte, se aquela primeira frente da razão prática (*Zweckrationalität*) orienta a ação concreta na assimilação de expectativas insertas no *Lebenswelt*, a partir dos objetos e dos sujeitos que aí circulam sua *vontade*, sendo tais expectativas concebidas como condições ou meios para o conseguimento de fins racionalmente articulados como resultado, a segunda frente (*Wertrationalität*) se dispõe segundo uma confiança na objetividade incondicional do próprio valor que determina ação, ou o comportamento humano; de modo que se à primeira o que importa é o resultado, a segunda isenta-se de considerá-lo, deitando ênfase à ação *em-si*, independentemente do seu produto final. O comportamento humano que integra a ação orientada por fins, portanto, e que encontra o seu fundamento último na percepção prática dos benefícios ou prejuízos que daí possa decorrer, é o comportamento de um *sujeito inteligente*, ao passo que é uma *pessoa de razão* – nós preferimos dizer, orientada pelo pensamento – que oferece à sua prática uma racionalidade voltada a valores.

No âmbito das diversas propostas de funcionalização jurídico-social enfrenta-se em verdade o perigo da *engenharia social*, a qual, no que tange a dicotomia aludida, lança mão da primeira das duas frentes da “razão prática” referidas, de modo que estamos a ler um total desamparo da dimensão valorativa da ação humana *em-si*: cuida-se mesmo de uma prática cuja dinâmica se opera com o olhar voltado tão só aos *fins*, estes a atuarem qual o verdadeiro protagonista daquela prática, e não o contrário, con-

²⁵⁷ “(...) integra-se no primeiro tipo de racionalidade o comportamento humano que <<tem o seu fundamento no *benefício* ou no *prejuízo*, fundamento segundo o qual o homem se deixa determinar como um *sujeito inteligente* (*Verstandessubjekt* = sujeito de razão abstracta ou de inteligência e utilidade): eu quero, porque isso é-me útil>>; integra-se no segundo tipo o comportamento que <<tem o seu fundamento em *princípios ou normas*, fundamento segundo o qual o homem se determina como uma *pessoa de razão* (*Vernunftperson* = sujeito e pessoa de razão espiritual ou cultural) que compreende o mundo do global *ponto de vista da rectidão e moralidade*: eu quero porque tenho isto por recto, por bem.” CASTANHEIRA NEVES, A. *Entre o <<legislador>>, a <<sociedade>> e o <<juiz>> ou entre <<sistema>>, <<função>> e <<problema>> - os modos actualmente alternativos da realização jurisdiccional do direito*. Op.Cit., p. 182.

vertendo-a em mera *técnica*²⁵⁸. Tradicionalmente, é essa a escolha que tem prevalecido também no campo do pensamento jurídico. Caminha-se no sentido de conceber-lhe uma “racionalidade formal”, cuja normatividade se objetiva no olhar frio do cientista do direito e distante de sua realização prática (a ocorrência jurídica) então abandonada à decisão política, com o que fica à margem qualquer possibilidade de uma orientação axiológica da realização do direito. Cuida-se da tentativa inglória de manter o direito afastado dos *discursos de poder* que o legitimam e a ele constantemente lançam suas demandas – e isso também por meio do pensamento jurídico – que, todavia, não tem frutos concretos, uma vez que tal afastamento é impossível. O que se ousa crer, de qualquer maneira, é que, uma vez isenta de valorações atávicas, a técnica seria uma opção mais segura²⁵⁹. Com isso o pensamento jurídico como perde a força de sua imanência prática e a prática do direito é significada e normatizada a partir de alguma engenharia mais ampla que se volta a alcançar objetivos específicos²⁶⁰.

Perceba-se, portanto, que estamos a tratar de um formato de racionalidade que é verdadeiramente o de um pensamento instrumental. E, nessa esteira, os pensamentos econômico e político se prestam como campos suficientemente afeitos a uma tal orientação: fato é que a racionalidade finalística encontra aí ambiente prático e teórico bas-

²⁵⁸ “Opposed to these [às perspectivas chamadas de proféticas por Pooper] are predictions of the second kind which we can describe as *technological* predictions since predictions of this kind form a basis of *engineering*. They are, so to speak, constructive, intimating the steps open to us *if* we want to achieve certain results. The greater part of physics (nearly the whole of it apart from astronomy and meteorology) makes predictions of such a form that, considered from a practical standpoint, they can be described as technological prediction. The distinction between these two sorts of prediction roughly coincides with the lesser or greater importance of the part played by designed experiment, as opposed to mere patient observation, in the science concerned. They typical experimental sciences are capable of making technological predictions, while those employing mainly non-experimental observations produce prophecies.” POOPER, Karl R. *The Poverty of Historicism*. London: Routledge & Kegan Paul. 1957. p. 43.

²⁵⁹ Vale lembrarmos aqui as palavras de Karl Mannheim em seu *diagnóstico de nosso tempo*, quanto a esse interesse na técnica: “A razão por que dou tanta ênfase a estas técnicas sociais é elas limitarem a direção em que a sociedade moderna pode acabar desenvolvendo-se. A natureza de tais técnicas é ainda mais fundamental para a sociedade do que a estrutura econômica ou a estratificação social de uma dada ordem: com seu auxílio, pode-se entrar ou remodelar o funcionamento do sistema econômico, destruir classes sociais e instalar outras, no lugar delas.” MANNHEIM, Karl. *Diagnóstico de nosso tempo*. Trad. Octavio Alves Velho. Rio de Janeiro: Zahar, 1961, p. 03.

²⁶⁰ Desde já, como lembra Josef Esser: “Luhmann sostiene un’applicazione della legge puramente dogmatica e offre l’aiuto della sociologia analitico-funzionale per una tecnica interpretativa tale da rendere possibile l’affrancamento da rappresentazioni, legate alla tradizione, a favore di nuove alternative e di equivalenti funzionali del superamento dogmatico-giuridico del conflitto. Mas la questione è se una sociologia, che non muove da presupposti valutativi, sia in grado di dire che cosa possano e debbano essere gli <<equivalenti funzionali>> dei tentativi di soluzione compiuti.” ESSER, Josef. *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto. Fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice*. Camerino: Scuola di perfezionamento in diritto civile dell’Università di Camerino, 1983, p. 112/113.

tante favorável, de sorte que se afirma como racionalidade estratégica e princípio regulativo das “teorias racionais da decisão” (*rational choice theories*) que aí terão lugar, as assim chamadas “teorias empírico-analíticas da decisão”. Essa espécie de “percepção tecnológica da realidade”, que perscruta a planificação e concretização de resultados bastante específicos, converte o comportamento racionalizado (segundo esquemas do tipo meio/fim) em *comportamento estratégico*, daí a centralidade da decisão: cabe à decisão, ante as diversas ações possíveis, optar por aquela que melhor apure a realização pretendida, ou seja, que mais se aproxime das finalidades pré-estabelecidas. Não se perca de vista, ademais, que se trata aí de uma tomada de decisão como delimitação de uma escolha entre uma infinidade de possíveis ações, relativamente ao fim visado. O “estado de incerteza” que o contexto de diversas possibilidades impõe ao decididor é superado pela consideração hipotética dos efeitos, com o que se opera uma seleção das alternativas em que o determinante não é tanto a noção (ainda que teórica) de uma “decisão justa” (não há *axiologia* alguma na técnica ²⁶¹), mas especialmente aquela que tem condão de em seu bojo aperfeiçoar (ou otimizar) os fins perquiridos, espécie de “decisão correta”: uma *decisão ótima* cujo domínio é, por fim, o de um pensamento funcional e tecnologicamente calculável.

A opção por esse modelo de racionalidade demanda no âmbito do direito um “padrão metódico” também bastante peculiar: cuida-se do *modelo metódico do funcionalismo jurídico*, com o que chegamos à terceira das três questões ou dimensões a que nos propusemos voltar na descrição da visão sistêmica funcionalista. Nesse domínio, já não estará no centro das discussões o assim chamado “paradigma da aplicação”, ademais tão caro à estruturação dualista do normativismo jurídico – sua aspiração silogística da normatividade abstratamente posta –, falando-se antes em um verdadeiro *paradigma de decisão*. Decisão é aqui espécie de busca pela “continuidade concreta” – e em termos estritamente decisórios, isto é, como *voluntas* – de uma transitividade programada num momento anterior. A relação que então se estabelece entre o “programa” e a “decisão” é, como já fora dito, de caráter eminentemente estratégica (ou, ainda, estratégico/tática). O programa pensado de maneira finalística predispõe os objetivos visados, sejam políticos, econômicos ou estritamente sociais, e a partir daí vincula a prá-

²⁶¹ Novamente com Mannheim: “Denomino-as técnicas porque, como todas as técnicas, não são boas nem más em si mesmas: tudo depende do uso que delas se faz em função da vontade humana. O que há de mais importante a respeito delas é que tendem a fomentar a centralização e, por conseguinte, o domínio da minoria e a ditadura.” MANNHEIM, Karl. *Diagnóstico de nosso tempo*. Op.Cit., p. 03.

tica jurídico-decisória – e isso não obstante a abertura inevitável que aquele voluntas carrega. Perceba-se que a *estratégia* vai impressa no programa, momento em que são selecionadas e determinadas (também por meio de tomadas de decisão) as opções e alternativas visadas, numa seleção finalística; ao passo que a *tática* se refere de modo pontual às decisões circunstanciais (particulares), impondo-se que sejam nessa prática corrigidas eventuais problemáticas e superados os obstáculos à consecução daquela estratégia, visando-se com isso sua melhor realização ²⁶².

Nesse contexto, percebe-se a presença de dois “esquemas metódicos” que estruturam referida apreensão da realidade, bem como respectiva funcionalização jurídico-social. De um lado, um *esquema decisório* cuja dinâmica prática (vislumbrada como opção técnica) se vê operacionalizada a partir e no âmbito normativo de determinados desenhos de adequação (eficaz) entre de meios a fins. De outro lado, um dito *esquema estratégico* que se firma historicamente como “racionalidade estratégica”, chamando-se atenção nesse ponto à ideia de *eficiência* ou não da prática em questão, o que se faz a partir da consideração criteriosa daqueles fins. A consideração constante dos resultados da decisão ganha aqui centralidade manifesta, de sorte que infirma espécie de “cânone metódico” do consequencialismo: como dissemos acima, com o funcionalismo jurídico, aos fundamentos substituem-se os efeitos. Esses resultados funcionam como critérios de orientação das decisões, buscando-se sempre sejam eles otimizados em sua realização prática, tanto num seu atendimento *a priori* como *a posteriori*.

Dessarte, é uma realidade jurídico-social de fato bastante específica essa que vai referida na abordagem funcional da juridicidade, cuja peculiaridade admite investir o direito não como um ponto de partida, mas como empreendimento no todo abandonado a pressões egoísticas que demarcam a realidade social. Lembremos, embora já claro, que o funcionalismo não apenas acolhe, como verdadeiramente *força* a relação

²⁶² “Assim, se o programa jurídico finalístico e a sua prescrição definem a estratégia jurídica a realizar, à decisão caberá a sua tática realização concreta – e pensa-se naturalmente na decisão dos órgãos jurídicos que a ela são especialmente convocados, os juízes e as entidades administrativas. Esquema metódico definido peã relação entre estratégia programática e tática decisória que não deixamos de ver mesmo proposto para pensar universalmente a operatória actual do jurídico, independentemente de um directo compromisso funcionalista.” E prossegue, agora referindo-se à abertura inevitável que mesmo nessa perspectiva tecnológica se opera na prática: “A intenção de performatividade e de eficiência, tendo de novo em conta a diversidade, a variação e a sempre possível evolução dos contextos e das circunstâncias, exigirá uma qualquer abertura, uma flexibilidade e mesmo uma indeterminação dos critérios, como que em analogia com as “cláusulas gerais”, que permita a imputação de uma indispensável e irredutível autonomia decisória ao operador concreto, ao decisor tático, que é chamado a garantir e deverá orientar-se sempre, em último e decisório termo, pelo êxito funcional.” CASTANHEIRA NEVES, A. *O funcionalismo jurídico*, p. 240.

entre direito e sociedade, com isso inferindo deixar para trás as dicotomias que caracterizam uma visão tradicional do fenômeno jurídico. Apreendido o direito no devir da sociedade, ainda que esta o convoque num feito regulativo, não se trata então de percebê-la como redução a um acervo fragmentário e analítico dos fatos empiricamente normativos (relatados nos enunciados da norma jurídica), mas de compreender o direito como uma específica *função* dessa mesma realidade pressuposta: em última análise, como instrumento na mão daqueles que tomam a decisão. Tem-se aí, ademais, uma realidade que é assumida em sua intencionalidade e dinâmica próprias em constante diferenciação e prenhe das mais variadas instâncias normativas que encampam no campo jurídico numa convocatória funcional: assim a política, a economia, a ciência, *o social*. Especializam-se, a partir desses marcos, abordagens tecnológicas que então poderiam ser chamadas jurídico-políticas, jurídico-econômicas, jurídico-sistêmicas e jurídico-sociológicas: que se perca aí a autonomia reflexiva da juridicidade resta no todo assentado. Em verdade, tais abordagens visam, antes de uma compreensão do direito (elas nele imprimem sua pré-compreensão), dar a ele alguma *forma*, tal qual fosse possível estancar a sua reticularidade a partir de discursos a ele no mais das vezes estranhos. Trata-se, parece correto dizer, de uma apreensão egoística da juridicidade, de modo que não interessa percebê-lo em sua ocorrência e, a partir de suas especificidades, conceber-lhe uma expressão normativa coeva, qual se daria uma apreensão destinada a operar um pensamento jurídico praxista que não se entrega aos ditames do poder, mas antes servem como verdadeiro *contrapoder*²⁶³.

c) O direito como instrumento e a prevalência do “não-direito”.

Toda essa funcionalização do direito (como que a mascarar a juridicidade) não abre mão, parece claro, de pretender moldar o direito e dar-lhe um formato que em verdade não é seu, amarrando-o a esteiras normativas (e discursivas) no todo alienígenas e *egoísticas*, sem que se avenge as problemáticas próprias do pensamento jurídico no que toca a ocorrência concreta do direito. Se é verdade que o atual contexto social e cultural permite o elogio à funcionalidade do direito, não é menos verdade que com isso a experiência jurídica se vê subsumida em questões e pontos de vista que têm raiz

²⁶³ Nesse sentido, e aprofundando a visão do diferendo no campo jurídico, conferir: AROSO LINHARES, J. *O dito do direito e o dizer da justiça*. Op.Cit., pp. 192 e seguintes.

naquilo que se chama de o *não-direito*, este como que a tomar conta do território jurídico. Não se está aqui a dizer que uma tal opção é equivocada, ou que a esteira mais adequada à apreensão da juridicidade se desenha em alguma pureza teórica. Chama-se atenção, apenas, para o fato de que a racionalidade que está por trás desse olhar é uma racionalidade patentemente instrumental, que não que assumir o direito como fim, mas um meio para intentos particulares e, portanto, egoísticos. O direito *é* em seu ocorrer próprio e tem emergência na interrogação que lhe é dirigida a partir de um pensamento que opta por pensá-lo (e que assim opera a sua *práxis*): aquela interrogação implacável que, ao questionar o que é o direito hoje, realiza-o historicamente: o próprio *pensamento jurídico*.

Transbordando em sua prática às abordagens estritamente sociológicas e empíricas – bem como ao famigerado realismo jurídico –, ainda que se o conceba inerente ao devir e à intencionalidade da sociabilidade, todavia emergindo como tal somente no plano do “não sociabilizado” (quando a “norma” abstrata é então rompida), parece inglória a tentativa de cerrar a sua ocorrência de modo prévio. Esse é um equívoco do qual não conseguem desviar as visões sistêmicas, tecnológicas, cibernéticas, etc. Com efeito, o enlace da juridicidade (e, portanto, do direito) não se opera sem mais por meio da categoria de “sistema”, de sorte que não pode ser concebido como um subsistema funcional, senão que apenas no plano teórico. Sequer a realidade social *hoje* se permite fechar como tal ²⁶⁴. Daí parecer-nos que sua apreensão demanda outra metáfora, cuja dialética não se feche no arbítrio teórico e se mostre mais afeita aos quadros de complexidade que se dispõe na referida intencionalidade. A metáfora do *diferendo*, portanto, infere (*in abrupto*) uma realidade discursiva e normativa de certa forma incomensurável, embora reflexiva, que não se deixa fechar em sínteses ideais que ao fim e ao cabo não abarcam aquilo que pretendem, ou seja, a realidade. Aparece-lhe um contínuo de descontinuidades que deve sempre lhe ser conhecido e reconhecido, sob pena de se incorrer em anacronismos absolutizantes, e no direito em *decisium* construído sem *pensiero* – e, portanto, arbitrário –, um direito que se põe a serviço de projetos

²⁶⁴ Sobre a diferença entre isso que toma por “pensamento moderno” e “pensamento pós-moderno”, frisando-se que, enquanto o primeiro tende à “*síntese na unidade*”, o segundo opta por permanecer em aberto, a fim de abarcar o máximo de *diferenças* que se lhe aproximem, conferir: WELSCH, Wolfgang. *Unsere postmoderne Moderne*. Op.Cit., pp. 169 e seguintes.

de poder e se mostra arredio às diferenças que lhe perpassam e perante as quais deve ele um *respondere* autônomo²⁶⁵.

De qualquer modo, fica mais clara a insuficiência da visão sistêmica da juridicidade quando nos lançamos a perscrutar de maneira mais detida o discurso próprio do *funcionalismo jurídico sistêmico*: ao qual ora passamos a dedicar nossas palavras, uma vez que até aqui versamos acerca do funcionalismo como um todo, isto é, *modus* de inteligibilidade do real; também já lançamos os traços centrais do funcionalismo jurídico em geral, específica forma de conceber o direito sob um olhar funcionalista (ou instrumental). Assim, cabe-nos dar espaço ao seu enfoque sistêmico, cuja arquitetônica teórica intenta compreender, mas acaba por dissolver, a realidade jurídica sob a epígrafe do *sistema*. Desde já cumpre esclarecer um ponto central: o funcionalismo jurídico sistêmico, diferentemente daquelas demandas de conteúdo até aqui pontuadas (político, econômico, etc.), abandona a pretensão de uma finalística e instrumental *materialização* da prática jurídica. O conteúdo normativo passa a ter, portanto, pouquíssima relevância, sendo tal olhar carreado a partir das categorias da “teoria geral dos sistemas”, de onde advém também a noção de sistema que então se torna protagonista.

Desde logo, longe estamos de uma concepção tradicional de sistema. Como dito, não se trata de aferir uma materialidade ao direito – e à sociabilidade atual como um todo –, espécie de totalidade constitutiva de uma unidade entre o todo e suas partes, caso em que o todo seria mera expressão simétrica das partes, num seu enfoque centrípeto, ou as partes sua interioridade constitutiva. Não está em questão, portanto, e para frisarmos, qualquer noção de conteúdo. *Sistema* é antes (e tão só) a conjugação de dois pressupostos: de um lado, a percepção de que a referida unidade não é atingida materialmente, mas simplesmente “ramificada” na relação contínua das variáveis e dos elementos que a compõem, num feitiço de todo contingente; de outro lado, não está em questão uma sistematicidade formada na constituição centrípeta de suas partes, mas na diferença e relação entre sistema e meio externo, diferença essa que garante a identida-

²⁶⁵ Nesse sentido, referindo-se à teoria sistêmica, escreve Habermas: “A autoconservação do sistema, que sempre se aperfeiçoa, substitui a razão determinada em relação ao Ser, ao pensamento ou aos enunciados. Com essa abordagem, Luhmann também recupera uma crítica da razão que pretende desmascarar o poder da auto-afirmação enquanto essência latente de uma razão centrada no sujeito. Sob o nome de racionalidade sistêmica, a razão, liquidada como irracional, reconhece-se exatamente nesta função: ela é o conjunto das condições de possibilidade da conservação do sistema. A razão funcionalista expressa-se no autodesmentido irônico de uma razão restrita à redução de complexidade.” HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 517.

de sistêmica bem como sua subsistência social (perante esse seu meio externo). Por conseguinte, não é a constituição da unidade entre o todo e as partes que se coloca decisiva, mas a relação (também fictícia?) entre o sistema e o seu meio ambiente, bem como a sua diferenciação e subsistência nesse contexto como trabalho contínuo de resistência ante a crescente complexidade do mundo. Assim, perante a “lei universal da entropia” o sistema responderia com a tentativa de uma *solução neguentrópica*, acentuando-se não tanto o esquema reativo “input/output”, mas o auto-dinamismo e a auto-organização confirmadores da autonomia do sistema e de sua clausura perante o meio exterior. Tudo a implicar que nesse mundo passe a figurar espécie de *galáxia-auto* a enfatizar a ideia de uma auto-produção do sistema e de seus elementos como *auto-poiésis*.

Clausura e autonomia que referem a índole de um sistema fechado, mas que constantemente jogam com a sua ambientação, de sorte a sofrer contínuas alterações ou irritações e estímulos a desencadear suas operações autônomas (abertura cognitiva à complexidade do entorno) na intenção de transformar em ordem o caos. Trata-se, portanto, de encontrar uma clausura e uma abertura, uma autonomia e uma diferença: com o que passamos a um sistema que *reage* aos estímulos exteriores, mas não se *adapta*, comunicando-se *sobre*, mas não *com* o seu mundo²⁶⁶. E é com esse pano de fundo de uma contínua interpenetração sistêmica que se desenha afinal a já referida *radical desontologização*. A tese é no sentido de uma total ausência de absolutos, chegando-se a uma situação pós-ontológica, pois não há qualquer pré-determinação sistêmica, pós-realista, pós-metafísica, bem como pós-transcendental, não havendo se falar aí em nenhum apriorismo. Embora seja o sistema como que composto de elementos sempre contingentes, também o conceito propriamente dito de *elemento* não pode ser visto como espécie de “componente último”²⁶⁷. Toda referência à realidade social (o entor-

²⁶⁶ Isso porque para a teoria dos sistemas não há o assim chamado *mundo transcendental* diante do qual se colocam os sujeitos, mas uma miríade de mundos apenas possíveis para os respectivos sistemas. De modo que, em verdade, tal mundo só existe com o olhar do sistema que lhe imprime. Isso porque: “(...) os sistemas que elaboram o sentido se apresentam apenas no plural; surgem e conservam-se sob condições marginais e contingentes de um mundo circundante supercomplexo e não estão previamente harmonizados, como os sujeitos empíricos, na forma unitária de uma consciência transcendental. No lugar do mundo único, fundado transcendentalmente, aparecem os múltiplos mundos circundantes relativos ao sistema.” HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 514.

²⁶⁷ “A teoria dos sistemas precisa manter afastadas do “si” da autorreferência todas as conotações de uma identidade da consciência de si produzida por meio das operações sintéticas. A autorreferencialidade caracteriza cada operação sistêmica em seu *modus operandi*; porém das autorrelações pontuais não

no do sistema), bem como qualquer afirmação no sentido de que algo “é” somente se dá com a emergência do próprio sistema, a qual se operaria com a mobilização contínua de materiais externos sempre novos, como algum *construtivismo radical* ou espécie de *perspectivismo sistêmico* cujo conhecimento autorreferencial coaduna com uma realidade emergente que não se remete a características gerais preexistentes no *objeto* ou no *sujeito*. Em verdade, substitui-se o sujeito pelo sistema²⁶⁸. Com o que se teria superado o tradicional esquema epistemológico de apreensão da verdade das coisas, como se, em último termo, a própria autorreferência da autopoiesis substituísse as condições do conhecimento humano.

Como sob esse “perspectivismo sistêmico” todo o *vivo* é sistema (espécie de análise “metabiológica”, como disse *Habermas*), também a sociedade ganha *status* de sistema-social como se fosse espécie de “movimento vivo”. Em suma, sociedade é um sistema em que, ausente de células, nervos e estruturas biológicas correspondentes, a dinâmica se dá em razão da comunicação (como atos e inferências sociais) dos próprios sistemas entre si e com o mundo: trata-se de um sistema social constituído e diferenciado na própria seleção funcional das comunicações e do respectivo sentido sistêmico²⁶⁹. É no contexto desse quadro geral acêntrico das sociedades que se teria de pensar também o direito como sistema – um *subsistema* do grande sistema social – e autônoma unidade constituída com as comunicações jurídicas, sendo ele diferenciado tão só pelo seu código específico *Recht/Unrecht*²⁷⁰. Lembremos que estamos aqui no âmbito de uma perspectiva radical de funcionalização, a se elaborar para além de

decorre nenhum centro no qual o sistema como um todo se faria presente para si mesmo e saberia de si na forma de uma consciência.” HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 513.

²⁶⁸ É a isso que Habermas chama de “apropriação da herança da filosofia do sujeito”. Em suas palavras: “Se se pretende substituir o conceito de sujeito do conhecimento desenvolvido de Descartes a Kant pelo conceito de sistema desenvolvido em contextos cibernéticos e biológicos, sem perder o nível conceitual, é preciso cumprir algumas modificações. A relação interior-exterior entre o sujeito cognoscente e o mundo – como totalidade dos objetos cognoscíveis – deve ser substituída pela relação sistema-mundo circundante. O conhecimento do mundo e de si mesmo constitui o problema referencial a que se atêm as operações da consciência do sujeito. Agora esse problema está subordinado ao da conservação e ampliação das aquisições do sistema. A autorreferencialidade do sistema é imitada daquela do sujeito.” HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 512.

²⁶⁹ Como lembra *Castanheira Neves*, essa é a proposta de *Luhmann* no entanto rebatida por *Maturana* e *Varela*, os verdadeiros responsáveis pelo paradigma auto-poiético, a considerarem o sistema social como que constituído na interação de seus participantes a partir do domínio linguístico. *Varela* de seu turno acredita não ser viável imputar às relações e instituições humanas a auto-poiésis, tendo de se diferenciar analiticamente as categorias de *autonomia* e *autopoiesis*.

²⁷⁰ Conferir: TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, pp. 245 e seguintes.

quaisquer inferências teleológicas ao direito, sejam políticas ou econômicas. Tal qual se dá nos sistemas vivos, a exemplo dos estudos da biologia, também o sistema jurídico seria um “*purposeless system*” – com uma formal e absoluta fungibilidade dos valores – a significar não apenas uma jurídico-funcional desontologização, mas verdadeira dessubstancialização dos elementos materiais e do sentido do direito: um sistema, afinal, que subsiste não em razão da afirmação histórica de determinadas conquistas de valores e de normatividades a cada novo momento consideradas relevantes, mas em sua funcional e formal auto-organização.

Esse, ademais, o significado da aposta na funcionalidade nos tempos de uma sociedade que demanda teorias pós-filosofias, tempo esse caracterizado como o de um pós-pensamento crítico ou de uma pós-reflexão cultural – não obstante, evidentemente, tratar-se também aí de mais uma perspectiva do real, logo, mais um trabalho do *pensamento* –, cujo mundo altamente diferenciado e hipercomplexo imporia como forçoso. Um direito como sistema, nesse contexto, e como que a suprimir de maneira irreversível a viabilidade de qualquer aposta em termos axiológicos, sobretudo em razão da complexidade cibernética hoje crescente, desvincula-se de quaisquer inferências éticas com a assunção funcional: ruído esse a emergir, como que paradoxalmente, justamente no momento em que os pluralismos e as diferenças (bem como os dissensos) das mais diversas ordens se mostram condição inevitável de qualquer reflexão. Daí a ideia de um sistema-direito, ou o “direito como sistema”, a tudo imune: cuida-se mesmo de um sistema refratário à complexidade exterior, complexidade essa referida por uma sua seleção simplificadora, não tão só no sentido de facilitar a apreensão do real, mas de considerar um número restrito de problemas e das alternativas possíveis a sua solução. O que, como adiantado, far-se-ia no estabelecimento de um *programa* específico cuja intencionalidade seria a de generalizar expectativas comportamentais. Também já salientamos, mas convém repetirmos que o sistema, nessa sua auto-operatória de *congruência* funcional isenta da problemática da “validade jurídica”, não se adapta à complexidade que o convoca ou aos discursos que se lhe dirigem, mas como que prepara uma *articulação estrutural* própria a partir especificamente daquela autonomia que lhe é assegurada em sua dupla contingência, trazendo contrafactualmente à realidade uma espécie de *sobre-realidade*, como uma hipotética (teórica) sobre-determinação.

Sob esses traços, não é passível de o direito ser interrogado para além do sistema – um sistema de comunicação. A ele não corresponderia qualquer *transcendes*, sendo-lhe concedida a mera positividade: o direito dito é o direito positivado cuja normatividade se nos dispõe circularmente, partindo-se sempre da interioridade sistêmica e de seus elementos contingentes. Um sistema, por conseguinte, cuja *unidade* seria referida tão só pela própria função, e sem referência à tão cara *Grundnorm*. E se, assim, o programa dinamiza materialmente o sistema, o seu código o diferencia. Passa-se daquela referência – com uma ontológica fundamentação de validade, especificamente uma “validade jurídica” – para uma positivação plena do direito. Uma validade dependente tão só da autorreprodução do sistema. E aqui se nos apresenta sua muito *específica autonomia sistêmica*, como auto-constituição e independência funcional do sistema jurídico face às pessoas que nele convivem e por meio dele se relacionam, mas que são concebidas como que fora do sistema, abandonadas ao meio ambiente que o circula ²⁷¹. O que importa perceber diante disso é que não se trata de inferir um sistema cuja constituição é operada por pessoas – de sorte que, nesse caso, poderíamos asserir a *pessoa* como um seu *valor* infungível, e sua *humanidade* afinal se afiguraria –, mas antes são as pessoas que necessitam do sistema, este último o verdadeiro protagonista da vida social: com o resultado de a funcionalidade a prevalecer ante a pessoalidade, ou à humanidade ²⁷².

²⁷¹ “Antes as pessoas e os seus sistemas individuais são também ou pertencem também ao exterior, ao meio ou ao mundo do sistema jurídico (...), tal como, inversamente, o sistema é remetido para o ambiente exterior das pessoas – o sistema e as pessoas separam-se ao diferenciarem-se entre si como sistemas correlativamente autônomos. As pessoas, nas intencionais pretensões individuais, traem apenas “irritações ao sistema, o qual lhes reagirá na sua autonomia funcional - e em termos de à relação “negativa” das pessoas ao sistema, na afirmação de uma distância, de uma liberdade e de uma autorrealização pessoais, corresponder a constituição ou reconstituição de “papeis”, de institucionalizados papeis jurídicos, do lado do sistema, no que sabemos já ser (...) um acoplamento ou uma articulação estruturais, na tentativa de assumir e resolver assim “a problemática da inclusão das pessoas no sistema jurídico” sem sacrifício e antes reafirmando neste a sua autonomia autorreferencial.” CASTANHEIRA NEVES, A. *O funcionalismo jurídico*. Op.Cit. pp.208/209.

²⁷² “Na realidade, esse anti-humanismo metodológico não se opõe a uma figura de pensamento que falha ao incluir as partes concretas no todo, mas à uma “preocupação pela causa da humanidade” que também poderia prescindir do concretismo do todo e suas partes; refiro-me à “preocupação” de conceitualizar a sociedade moderna de tal modo que, para ela a possibilidade de se distanciar normativamente de si mesma e de reelaborar as percepções de crises nos processos comunicativos de grau superior da esfera pública não seja prejudicada negativamente já devido à escolha dos conceitos. Naturalmente, o construto de uma esfera pública capaz de cumprir essa função já não pode encontrar mais nenhum lugar, assim que a ação comunicativa e o mundo da vida intersubjetivamente partilhado resvalarem por entre tipos de sistema que, como o psíquico e o social, constituam mundos circundantes um para o outro, não mantendo entre si mais que relações externas.” HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*, Op.Cit., p. 524.

Função jurídica que nos dirá afinal o que é o direito. Não se confundindo essa sua funcionalidade com quaisquer objetivos de realização (aquele *Leistungen* já referido, como, por exemplo, o objetivo da “pacificação social” a que *Kelsen* chama atenção), os quais não mais se acoplam à referência ao direito – este teria tão só função, e não objetivos materiais a concretizar –, reduz-se ela à singela noção de “seleção” (inevitavelmente arbitrária) e “estabilização das expectativas normativas”. Em última análise, a função de tornar possível a decisão jurídica face à contingência inerente à complexidade social crescente. Assim, a *normatividade* a que se está aqui a aludir não se confunde, fique claro, com a noção de um *dever-ser* trabalhado como fundamentação racionalmente constitutiva (o que remeteria à ordem da validade tão severamente rejeitada pelo funcionalismo), mas tão só como possibilidade contrafactual de afirmar expectativas ainda quando estas são desobedecidas. Seria essa função o que permitiria a final a diferenciação do direito diante da política e demais dimensões práticas do social. O que há são funções: a função jurídica, a função política, e função econômica e assim por diante, sendo a jurídica, bem como as demais, uma função de índole estritamente social, isto é, que ganha sentido tão só no âmbito de uma pressuposição de funcionalidade social ²⁷³. A conclusão a que se chega impõe-se infungível: não há aqui qualquer definição material do direito; e lembremos termos partido da pergunta não sobre o que é o direito, mas *para que serve o direito*; essa a pergunta característica da visão funcional ²⁷⁴.

Nessa esteira, também o entendimento da “justiça” ganha nova vestimenta e passa a ser pensado sistemicamente numa concepção no todo diferenciada e coetânea

²⁷³ “O sistema que seria a realidade da nossa existência actual, a realidade humana como sociedade, numa palavra. E que nos termos aludidos da sua autarquia aceitaria ser analogamente pensado através dos modelos biológicos e cibernéticos, como uma auto-objectivação, qual criatura sem criador.” CASTANHEIRA NEVES, A. *O funcionalismo jurídico*. Op.Cit., p. 276/277.

²⁷⁴ É o que vemos *Bobbio* perguntar-se ao se referir à linguagem, especificamente enquanto está ele a perquirir acerca da relação sempre fungível, ou fugidia, entre *Sein und Sollen*, visando um *constructo* linguístico do labor na metajurisprudência. Diz então o douto jurista italiano: “Um primeira e necessária precisão é que a grande distinção entre linguagem descritiva e linguagem prescritiva é aceitável caso se considere a linguagem do ponto de vista de sua função. Ela é o produto de uma consideração funcionalista da linguagem, e responde, embora de forma simplificada, à questão: “Para que serve a linguagem?”. Justamente porque responde a uma pergunta tão geral, se ressentido de uma aplicação incerta, se quisermos referenciá-la a uma linguagem particular (por exemplo, quando se pretender distinguir, tomando-a por base, a linguagem do direito da linguagem da ciência do direito), e mais ainda quando se quiser uma frase fora de seu contexto. O juízo sobre a função de uma dada linguagem ou de parte dele não pode ser separado do modo como um discurso é captado e, portanto, das condições em que é usado: o juízo sobre a função é um juízo sobre os efeitos.” BOBBIO, Norberto. *Direito e Poder*. São Paulo: Unesp, 2008, p. 82/83.

com a visão funcional: abandona-se a tradicional “intenção de apelo” em razão de um *sentire* que é atingido pela injustiça e que encontra *locus* numa referência axiológica e normativa para o direito como se fosse um “terceiro elemento” demarcador da dualidade *Recht* e *Unrecht*: vale lembrar a essa altura que a dimensão problemática do direito decorre mesmo da necessidade de uma institucionalização do justo, haja visto o sentimento de injustiça que de alguma forma se tenha instaurado. De qualquer maneira, não se trata aqui de um terceiro valor convocável à prática do direito já sistematizado, espécie de “norma das normas”, mas a simples (embora complexa e contingente) adequabilidade do sistema jurídico ao seu meio ambiente em que se encontra: a representação histórica da unidade do direito em sua atuação autorreferencial, e em “adequada complexidade” ante as exigências normativas sociais e sua estabilização. Tudo a referir, por fim, o encontro estrutural de uma instituição funcional. Não mais uma escavação acerca da natureza do direito, de sua essência ou de um último degrau normativo a assegurar uma ocorrência válida, como a dizer-nos que o direito tem uma dignidade própria, mas uma mera reflexividade seletiva e determinações ofertadas pelo sistema ante as *irritações* que a se lhe achegam. Aqui a se afigurar, portanto, um paradoxo, forçando-se se aceite a justiça como mera *fórmula de contingência*, tão só aquela adequação estrutural em razão de sua *functio* (a função jurídica), em nada diferente das fórmulas análogas que podemos encontrar na economia (com o princípio da escassez), na ciência (com o princípio da limitabilidade) e assim por diante. Sublinhe-se, algo que parece claro, que se está a referir qualquer norma seletiva do programa finalístico, firmando-se neste ao mesmo tempo o *locus* e o *telos* de referida justiça.

Pensamento esse que não se limita a asserir acerca do direito, mas, na medida em que o faz, isto é, ao trazer-nos sua concepção funcional de direito, traz aí implicado um muito particular entendimento acerca do *pensamento jurídico*, então vislumbrado como “elaboração dogmática” e a referir um “esquema metódico” próprio, também bastante específico, cuja função primordial se representaria na manutenção da diferenciação do sistema jurídico. A essa dogmática caberia a garantia de sua autonomia, assegurando-se seja o direito tratado nos limites dos critérios a ele indicados, ou seja, os critérios especificamente jurídicos estampados no programa das decisões. Não faria ela mais do que mediar a relação entre esse programa geral e as decisões concretas, bem como a processualidade do direito como um todo, o que levaria a cabo por meio de

uma “apreensão conceitual e classificatória” do “material jurídico”, figurando no mundo jurídico como espécie de auto-crítica dinâmica: ora a restringir ora a aumentar o espaço de liberdade e de imputação de sentido não previamente calculável às decisões concretas. Dá-se então uma estrutura ao direito, mediante essas delimitações conceituais (decorrentes do labor dogmático), com o que vai implicada uma definição das assim chamadas “condições do juridicamente possível”, quer dizer, daquilo que pode ou não ser feito diante da complexidade imprevista, sem que se perca de vista a premência da manutenção daquela unidade sistêmica. Essa afinal a dogmática que realiza a justiça jurídica: uma dogmática que labora na complexidade, como própria complexidade (espécie de complexidade imanente), reduzindo-a e a fitar a unitariedade do sistema jurídico face o caos do ambiente social. Com uma nota de todo não trivial: o labor dessa dogmática, se de fato delimita o que se poderá entender por juridicidade, de modo a articular seus elementos, não impulsiona qualquer intervenção ou incorporação inovadora no plano dos efeitos possíveis.

Deveras, com isso não se atinge qualquer novo patamar ao pensamento jurídico. Considere-se a diminuta tarefa que lhe é imputada pelo normativismo. Fato é que essa concepção de pensamento jurídico, como simplificadora dogmática jurídica, em nada inova quanto aos tradicionais conceitualismos jurídicos, sobretudo em relação aos oitocentistas, e, em verdade, meramente os repete sob um enquadramento teórico mais complexo, excessivamente complexo. Tem-se aqui (nesse funcionalismo sistêmico), no entanto, e importa reconhecermos, uma opção de *índole aconsequencial* à função – lembremos que essa exasperação do funcionalismo não admite qualquer teleológica redução da *functio* –, prevalecendo o esquema decisório da *condicionalidade*: cuja estrutura lógica vem definida no esquema “se/então”. Assim, diferentemente dos funcionalismos antes solicitados, o funcionalismo sistêmico convoca um sistema jurídico como *Konditionalprogramme*, e não como *Zweckprogramme*, porquanto isento daquela teleologia ²⁷⁵. Segue-se daí uma decisão previamente medrada, com sentido sistema-

²⁷⁵ “La trasformazione nel senso di un programma condizionale presuppone pertanto la positivizzazione del diritto. L’orientamento rispetto allo scopo della politica del diritto compensa il fatto che l’esecuzione del diritto venga esonerata dalla valutazione degli scopi. Qui si produce una differenziazione funzionale fornita di senso, anche se, per singoli aspetti, problematica. Le decisioni programmatiche e le decisioni programmate operano così con premesse decisonali diverse e devono perciò essere separate in modo univoco anche dal punto di vista organizzativo. Soltanto così può essere bilanciata la completezza e variabile costruzione di un sistema giuridico moderno.” LUHMANN, Niklas. *La differenziazione del diritto*. Op.Cit., p. 210. Vale o registro da seguinte passagem, p. 208,

ticamente programado, ausente pois de eventuais afluxos teleológicos da política, ética ou qualquer outro consequencialismo societal (distinto, então, daquela *social engineering* do hoje caro *Welfare State*), e garantindo afinal a autonomia do direito²⁷⁶.

As consequências dessa apreensão funcionalista do direito são severas e deixam prejuízos infungíveis à humanidade que se quer ler na juridicidade. É o que se percebe quando se lança luz por sobre a ocorrência de uma frente específica do trabalho do jurista, especificamente aquele dos estudos do *direito penal*, que não mais é visto ou proposto como “ciência do espírito” ou da cultura humana, senão que como *função*. Sob esse enfoque, trata-se de um direito penal que desatende do objetivo de preservação dos assim chamados “bens jurídicos”, o que implicaria uma opção ética prévia à positivação penalista, para se destinar a assegurar as condições de “vida comum”, ou, em última análise, o *status quo*: com isso, o “crime” não seria mais um momento de lesão a bens jurídicos, mas de “ocorrências disfuncionais”. A norma jurídico-penal, de seu turno, passa a ser compreendida qual um “imperativo estatal” por meio do qual se condena as ações que vão de encontro àquelas condições de vida comum. Sua função não é, por conseguinte, atingir determinados fins, quaisquer ordem de valores ou bens específicos, caso em que distinguiria o que é e o que não é valioso ao direito (como “ciência do espírito”), mas tão só uma *função social* pensada de modo técnico e destinada à organização de um sistema social coeso. Essa a “funcional funcionalização” do direito penal numa mediação estritamente epistemológica na perspectiva da sociologia, como ensina *Castanheira Neves*. Ou, ainda, e num outro sentido, um direito penal pensado numa mediação tão só dogmática, como momento de sentido especi-

bastante esclarecedora: “In tali programmi condizionali gli scopi non assolvono una funzione essenziale; essi sono piuttosto un programma di uno stile differente, contrapposto, perché pongono come costanti, non delle cause da cui scaturiscono effetti, ma gli effetti che devono essere prodotti. Il nostro diritto non è più concepito come il diritto naturale vetero-europeo, come rappresentazione di buoni scopi dell’agire e, quindi, non è più costruito secondo una immanenza etico-teleologica; esso è largamente esonerato da voluntazioni relative agli scopi e per questo anche dalla responsabilità relativa agli scopi. La struttura finalistica è rilevante *ormai* soltanto per la produzione e l’interpretazione delle norme.”

²⁷⁶ “Se legislativamente intenções materiais de todas as índoles não deixariam decerto de ser assumidas e não deixariam de determinantemente estar também presentes na interpretação, já no estrito decidir jurídico, uma vez obtidas dogmaticamente as premissas condicionantes, não interviriam quaisquer intenções finalísticas ou outras materialmente não jurídicas. Nem a realização de fins (extrajurídicos), nem os efeitos (sociais) teriam relevo jurídico, o juízo jurídico seria estritamente normativo-condicional e não teleológico ou consequencial. Deste modo mais uma vez se garantiria a autonomia e a clausura do direito, e por isso se haveria de dizer, no pressuposto de que a autonomia do sistema jurídico seria a condição essencial dele como sistema, que “conditional programme are the hard core of the legal system” (LUHMANN, *The Self-Reproduction of Law and its Limits*, cit., 118).” CASTANHEIRA NEVES. A. *O funcionalismo jurídico*. Op.Cit., p. 266.

ficamente preventivo (como prevenção geral e positiva), também visando uma estabilização social por meio da preservação das estruturas estatais e sociais, ganhando aqui vulto a ideia de *garantia da norma* ²⁷⁷.

E do mesmo modo funcional seria o sentido de *culpa*. Ausente a recorrente referência a um seu “sentido ético da culpa”, em termos, portanto, de uma axiologia (e esse é, pode-se dizer, o seu sentido tradicional), relevante será simplesmente o seu sentido funcional: uma acepção a ser aludida apenas em vista de seu específico *fim social*, qual seja o próprio fito do direito penal nos atuais quadros de uma sua proteção constitucional-institucional (e mesmo a ideia de proteção da dignidade humana só ganharia hoje relevância penal tão só em razão de sua expressão normativa), aquela prevenção geral positiva. O *agente faltoso*, que é afinal aquele que irrompe em contrariedade à intenção sociabilizadora, torna-se alvo de uma reflexão dogmática que tem por objetivo a definição das exigências jurídicas (normativas) e sociais para que se atinja o alvo da estabilização e mesmo subsistência do sistema social, isto é, da sociabilização. Diante do que, conclusão implacável é a de que também aqui, no sentido da culpa, fundamentalmente o que está questão é a precedência da sociedade e sua dinâmica própria (a explicar-se naquela *norma*) sobre o agente do crime e o crime propriamente dito. Um enfoque, portanto, estritamente sistêmico-social, em prejuízo da noção de *pessoa*, mais uma vez demonstrado ser ela pensada como mera “exterioridade sistêmica” – também exteriores ao sistema jurídico penal. Exterioridades (as pessoas) que, de resto, devem ser abarcadas pela fenomenologia inerente desse sistema sempre mais amplo que é o devir dos interesses sociais e sua afirmação normativa – de sorte que não são consideradas como pontos relevantes a tal reflexão (a reflexão funcional do direito penal), senão que apenas secundariamente (como objetos, portanto), a partir dos seus supostos *papeis sociais*.

2.2. O diferendo e a juridicidade: contexto “des-estruturante” da diferença.

²⁷⁷ Conferir, nesse sentido, o belo trabalho de Bruno Moura: MOURA, Bruno. *O normativismo jurídico-penal: consequência do ou resistência ao funcionalismo?* In. Boletim de Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LXXXVI, 2010, pp. 709/750. Conferir, também: GUÉRIOS CURI, Ivan. *O direito penal revisitado pela filosofia*. STVDIA IVRIDICA 90 AD HONOREM – 3. Coimbra: Coimbra, pp. 467/491

a) O direito em diferendo: do pensamento jurídico à miríade de pensamentos juridicus e ao continuum do novum.

O que deve restar assentado com o que se articulou acerca do funcionalismo jurídico é que, como já o dissemos, o *sistema* é metáfora que – insuficiente à apreensão do direito – expõe um muito específico modelo de compreensão social. Modelo esse que se encontra alocado numa epistemologia também bastante peculiar e com um alto grau de abstração, não obstante pretenda manter-se voltada ao *concreto* das sociedades modernas. Seus traçados primordiais se esboçam, sob um enfoque sistêmico, na esteira de uma redução constante e como que inevitável da complexidade (em tese, crescente) da realidade e do pensamento sociais ²⁷⁸. Para tanto, as noções de sistema e função se colocam no centro do discurso proposto. A fim de traçar um contraponto a esse “modelo sistêmico”, cuja empreitada consideramos – sob um espectro jurisprudencialista – uma redução fantástica do pensamento à monocultura do cientificismo – ainda percebido como “a resposta correta” –, almeja-se agora antepor a categoria do *diferendo*, na linha dos ensinamentos de *Aroso Linhares* (e, em última instância, do pensador da contemporaneidade, francês *Liotard*), de modo a lançar luz por sobre outros olhares que ao lado do discurso da “ciência” se mostram igualmente coevos e relevantes às problemáticas da atualidade. Certamente que não se está a crer que com isso, isto é, com a assunção de uma nova categoria se possa inferir a apreensão (conceitualização) da realidade social hodierna, no todo prenhe de normatividade incomensurável. Daí que tenhamos de dizer, desde logo, embora já antecipado, que o pano de fundo da discussão que ora nos acorre vai informado por aquilo que chamamos de “*o ocaso do conceito*”: em última análise, a impossibilidade de uma apreensão coetânea da realidade. O cami-

²⁷⁸ Contra isso, conferir: AROSO LINHARES, *Entre a reescrita...* Op. Cit., pp. 264/265: Trata-se de “(...) reconhecer que a consumação ou a tentativa de consumação desta expectativa [de auto-superação da modernidade, nos termos que vimos aqui referindo, e, no direito, do *normativismo*] representa menos o estado ou estágio crepuscular evolutivamente irreversível de um processo de <<complexificação>> (e então também de declínio) [como se aposta nas teorias sistêmicas] da modernidade do que a *occasio* [o ocaso] continuamente recriada da erupção desta – e desta no seu <<estado nascente>> (<<Ein Werk ist nur modern, wenn es zuvor postmodern war. So gesehen bedeutet der Postmodernismus nicht das Ende des Modernismus, sonder dessen Geburt, dessen permanenten Geburt...>>). Para que nesta assunção discursiva (com gradações diversas) do paradoxo do <<futuro anterior>> (<<Postmodern wäre also als das Paradox der Vorzukunft (*post-modo*) zu denken>>) a reflexão se liberte (ou possa libertar-se) enfim do <<prefixo pós->> e assumir-se em pleno como reescrita ou perlaboração da modernidade. É que esta, insista-se, não é <<uma época>>: é antes <<um modo no pensamento, na enunciação, na sensibilidade>>.” Neste trabalho, não importa tanto pensar a reescrita da modernidade como um todo, mas tão só aquilo que nos atinge no direito, portanto, o *normativismo*. Não obstante, trata-se de um pano de fundo que explica muitas das questões que encontramos também no direito.

nho nos será desenhado, de qualquer forma, pelo discurso que se afirma na experiência jurisprudencialista da juridicidade.

Embora talhe o seu olhar e sua “visão de mundo” num plano de altíssima complexidade, não é difícil percebermos que, ao voltar-se à intencionalidade da *societas* a fim de compreendê-la e dinamizá-la com maior objetividade (funcionalmente), o projeto sistêmico falha: em suma, ele não permite que se abranja uma grande quantidade de *normatividades* (e de pensamentos) que se dispõe de modo fulcral na atualidade, dentre eles a exigência de uma axiologia que valide a *práxis* comunitária. Trata-se, é verdade (e impõe-se reconhecê-lo), de um modelo em cuja dinâmica se abre mão da “relação sujeito-objeto”, mas que, não obstante assuma em sua base uma avançada “teoria do conhecimento”, não remove as suas inferências de um plano denso de cientificidade. Em razão disso, disponibiliza-se num feitiço *monocultural* (*eine Technologische Uniformierung*), como ensina *Wolfgang Welsch*, e por isso não pode ser assumido como referencial apto a “explicar” a realidade atual, plúrima de projetos de sociedade ²⁷⁹. Ademais, é importante perceber que na atualidade não se trata tanto de chamarmos atenção – algo que se tem feito com bastante frequência, diga-se de passagem – à pluralidade de diferentes “representações” que desenha o devir da *societas*, ou à fragmentação que há muito caracteriza a sociabilidade, mas antes de frisarmos e nisso mergulharmos de vez na dificuldade – e quiçá impossibilidade – de oferecermos um seu adequado *testemunho*: testemunho esse, no entanto, hoje indispensável. Admitir que o conceito não apreende a realidade, no entanto, não deve levar-nos a abrir mão do pensamento ou da filosofia, não obstante talvez seja mesmo necessário descartamos as certezas que nos chegam a partir do discurso que predica a objetividade.

Fato é que o olhar que se operacionalize numa “intenção de unidade”, que procure afinal alguma “síntese hipotética” da realidade, tal qual o faz a perspectiva da redução tecnológica da realidade (e o *sistema* é disso bastante característico), ignora que também no ambiente social e na convivência cultural que intersubjetividade pro-

²⁷⁹ “Diese pluralisierung bedeutet allerdings eine gravierende Veränderung gegenüber dem Selbstverständnis Denkens. Es bedeutet eine äußere Relativierung und innere Depotenzierung desselben, jedenfalls soweit zum technologischen Denken ein Ausschließlichkeitsanspruch gehört – mag er offen oder verdeckt sein. Postmoderne ist daher gegenüber Technologischem Zeitalter das umfassendere Deutungsmuster. Es begreift Technologisches in sich, erkennt darüber hinaus aber auch anderes an. Und das hat nicht bloß den Sinn einer freudlichen Ergänzung, sonder ist eine einschneidende Korrektur. Das Grundmuster ist ein anderes. Die Postmoderne vertritt ihre grundsätzliche Pluralität gerade auch gegenüber der Monokultura eines Technologischen Zeitalters. WELSCH, Wolfgang. *Postmoderne versus Technologisches Zeitalter*. In.: *Unsere postmoderne Moderne*. Akademie Verlag: Berlin, 2002, p. 218.

move e que aí se desenrola um mínimo de incomensurabilidade deve ser presumida. Com efeito, a existência social, para que a apreendamos em discussões teóricas sérias, demanda que sejam cunhados “conceitos” mais compatíveis com essa realidade: e isso demanda, ademais, espécie de “reconceitualização do conceito” e, portanto, um esforço filosófico. Com isso não queremos afirmar – isso deve estar claro – uma absoluta contradição na tentativa do tratamento metodológico da realidade humana. Antes o que se pretende é o contrário: que esse “momento metodológico” (certamente que necessário quando se trata de *ciências*) do “acesso ao mundo” perceba a presença incessante de aparatos e elementos *pré-metodológicos* e os assimile em sua prática metódica, como ensina Aroso Linhares²⁸⁰. Essa metodologia não poderá prescindir da complexidade que demarca o espaço em que se está a trabalhar: com efeito, a *societas* que nos interessa compreender – e que interessa, pois, ao direito e ao teórico do direito – não se confunde com qualquer *locus* ou artefato estritamente objetivo de uma funcionalização sistêmica, isto é, que admitiria uma apreensão simplesmente teórica. Até porque, para nós, uma vez que optamos por trabalhar internamente ao âmbito do pensamento jurídico, de modo que suas problemáticas são afinal as nossas, interessa-nos um momento de referência à *pessoa* e a alguma axiologia²⁸¹.

Dessarte, é nesse momento em que percebermos os limites apreensivos do código apenas tecnológico – embora não o ignoremos – que se nos abrolha um outro e mais rico caminho analítico, com uma tentativa de reanimação da filosofia: o *diferendo* (*Le différend*; *Der Widerstreit*) no qual ora mergulhamos como que a intentar surpreender nossa realidade social a partir de um instrumental não estritamente interpretativo (ou meramente *referencial*, como diz Deleuze), e sim admitindo-a – a *societas* – como um espaço de experimentação inevitável. Não se trata, portanto, de simplesmente buscarmos uma interpretação conceitual da realidade social hodierna, mas de efetivamente

²⁸⁰ AROSO LINHARES, José Manuel. *Entre a reescrita pós-moderna da modernidade e o tratamento narrativo da diferença ou a prova como um exercício de passagem nos limites da juridicidade. Imagens e reflexos pré-metodológicos deste percurso*. Coimbra: Coimbra, 2001.

²⁸¹ “Não será o futuro que virá a arbitrar da razão, porque o futuro dá sempre razão aos que venem: ainda que seja – e normalmente assim é – pela força. Ainda que possa simplesmente ser a força dos contadores de histórias... Os que possuem a capacidade de discernir, com informação, formação, consciência, esses sim, julgarão. E só desses o julgamento importa. É possível, muito possível, que a luta pelo Homem, um Homem livre do poder avassalador da ditadura sutil sobre as consciências, já esteja perdida. Pode ser que os bombeiros que queimam livros já estejam à nossa espreita. Mas, ontem como hoje, contra umas e contra outras das servidões, lá diz o poema e o fado de Manuel Alegre: “Há sempre alguém que resiste / Há sempre alguém que diz não”. *Pensar é dizer não* (...). Pensar o Direito é também recusar as suas miragens.” DA CUNHA, Paulo Ferreira. *Miragens do Direito. O Direito, as Instituições e o Politicamente Correto*. Campinas: Milenium, 2003, pp. XV/XVI.

nela mergulharmos, se que se ignore a impossibilidade de sua tradução e organização categorial, a fim de experimentá-la: afinal, como nos lembra *Pietro Costa*, “*niente è ‘metodo’ e tutto è ‘sperimentazione’*”²⁸². Por conseguinte, com o escopo não de traçarmos uma sua *hermenêutica* – mais uma sua esquematização dentre tantas – ou qualquer reflexão que se encaminhe a simplesmente apostilar as características de sua historicidade, como se, uma vez mais, de um simples *objeto* se tratasse. Antes, o intuito é experienciarmos o seu *dever*, e isso de tal modo que se possa presumir aí de modo infungível uma certa incomensurabilidade epistêmica²⁸³. Uma vez que nosso intento decorre de uma “visão interna”, pretende-se caminhar no ambiente social que é tocado pelo direito como aquele espaço ao qual a juridicidade acorre, especificamente por meio do *pensamento jurídico*, ou seja, no ambiente em que esse pensar carimba suas cores e demarca como território de sua reflexividade. É com esse “caminhar” que se faz possível assimilar a estrutura do diferendo no direito, o direito em diferendo, de sorte que nesse enfrentamento não abriremos mão daquele olhar de que nos fala *Paolo Cappellini* – *gli occhiali del giurista* – e que em última instância nos formata em nossa especificidade reflexiva, nossa visão de mundo: uma perspectiva interna à experiência jurídica. Não é por outro motivo que, como já dissemos, a “interioridade analítica” a que nos referimos trazer à baila as possibilidades de experiência que o próprio campo jurídico nos permite ter ante a realidade social: a realidade social é visitada, portanto, nos limites daquilo que o direito sobre ela impõe, a partir ou *no formato do diferendo* que atualmente acomete a dinâmica do pensamento jurídico. O diferendo nos acorre, assim, como uma nova “chave de leitura”, por certo que não no todo acabada, mas aparentemente mais adequada do que a chave-noção do sistema, mormente se o nosso intento é, como aqui sói admitir que o seja, compreender a atualidade da experiência jurídica.

²⁸² COSTA, Pietro. *IURISDICTION – Semantica del potere político nella pubblicistica medievale (1100-1433)*. Op.Cit., p. 05.

²⁸³ Sobre essa problemática, e nessa mesma linha, conferir o belíssimo trabalho de Donald Davidson, do qual ora recortamos a seguinte passagem: “L’idée est donc qu’il y a quelque chose qui est une langue, à quoi in schème conceptuel est associée, que nous soyons ou non capable de la traduire, Du moment qu’elle se situe dans une certaine relation (de prédiction, d’organisation, de face-à-face ou d’ajustage) avec l’expérience (nature, réalité, instigations sensorielles). Le problème est de dire quelles est la relation et de Donner des clartés sur les entités qu’elle relie.” DAVIDSON, Donald. *L’idée de schème conceptuel*. In. *La pensée américaine contemporaine*. Org. par LYOTARD, Jean-François. France: Presses Universitaires de France, 1991, p. 232.

Dito isso, lançamo-nos em abrupto nesse horizonte que ora consideramos ser o inevitável diferendo em que atualmente se estrutura o pensamento jurídico, e, dessa forma, o próprio direito. Como veremos, trata-se do diferendo do direito, mas também de um *direito em diferendo*. Deve ficar claro, com isso, que os contornos que caracterizam essa “situação problemática” foram instituídos, no âmbito do direito em realização, pelo próprio *pensamento jurídico*. Em específico, um pensamento jurídico muito particular e historicamente datado (o normativismo jurídico), o qual, porquanto culturalmente tensionado à dimensão de cientificidade, disponibilizou as categorias centrais do direito como direito-*objeto*. Não obstante isso, impõe-se perceber que em sua atualidade “pós-metodológica” o próprio pensamento jurídico se veja amarrado por tais contornos²⁸⁴. Entenda-se que quando da institucionalização do normativismo jurídico, ao formatar o direito como direito-*objeto* abria-se o caminho para as suas traduções hermenêuticas: a determinação desse objeto cria ao seu redor, em ato contínuo, uma fragmentação reflexiva. Assim, o diferendo representa categoria que aponta a uma estrutura que, no âmbito do direito, surge em razão da aposta do pensamento jurídico num sentido específico, qual seja a opção pelo direito-*objeto*. Mais tarde, e em razão mesmo dessa fragmentação, o diferendo se instaura e compõe o formato desse mesmo pensamento jurídico, sobrepujando a centralidade do direito-*objeto*. Daí que tenhamos dito que é o pensamento jurídico hodierno (e não o direito-*objeto*) que se encontra em diferendo. Com efeito, é a própria prática jurídica – prática essa que tem o condão de esclarecer acerca da *incindível circularidade* que vincula, *em concreto*, na própria realização jurídica, direito e pensamento jurídico – que acaba por operar o diferendo no âmbito do direito²⁸⁵. Referindo-se ao direito-*objeto*, é a prática jurídica (a realização

²⁸⁴ Trata-se de “admitir que as *etapas* da emancipação jusracionalista do normativo, da institucionalização democrático-liberal da juridicidade-legalidade e da autonomização intencional do Método Jurídico se dissolvam num eixo comum iluminado pelas pretensões metalinguísticas da última etapa (e (ou) pela organização auto-subsistente do pensamento que a traduz). <<Absolutizando>> este <<fluxo>>? Certamente. Pressupondo-o como a única – a primeira e a última – tentativa de emancipação da juridicidade (que é indissociavelmente a do discurso desta). O que é ainda confundir a autonomização cultural (ou as suas condições de possibilidade) com a decomposição integrante aberta pela primeira modernidade. E fundir num veio único as sucessivas reinvenções do normativismo (se não do cognitivismo normativo). Mas o que é sobretudo – num núcleo de redução exemplar (em que vamos insistir) – dizer impossível uma reação pós-positivista que se queira prosseguir em nome ou à luz das intenção discursivas da juridicidade – e então denunciar as pseudo-reações e <<abrir>> outras tantas <<alternativas>> não jurídicas.” AROSO LINHARES, José Manuel. *Entre a reescrita pós-moderna da modernidade e o tratamento narrativo da diferença ou a prova como um exercício de passagem nos limites da juridicidade. Imagens e reflexos pré-metodológicos deste percurso*, pp. 347/348.

²⁸⁵ Tal *circularidade* (fundante da juridicidade) impõe uma re-compreensão absoluta daquilo que se tenha por uma *Teoria do Direito*. Esta não poderá mais acreditar ter cumpridas as suas circunstâncias

do direito) que afinal aclara a fragmentação em que se está a incorrer e conduz o pensamento jurídico à estrutura do diferendo.

Numa primeira aproximação, o que se impõe perceber é que, em razão de sua imanência prática, há um inevitável *continuum* a ancorar o pensamento jurídico tanto à *societas* quanto à realização decisória do direito. Os problemas de que o pensamento jurídico se ocupa são problemas históricos, concretos – juridicamente concretos –, de modo que essa continuidade não pode ser elidida. Faz-se premente percebê-lo, todavia não para reduzir o *devenir jurídico* às tramas da história, antes a fim de perscrutar o “como” dessa relação-vínculo, percebendo o diferendo que aí instaura, para que se proponha uma metodologia do juízo jurídico coetânea à sua historicidade: em suma, o momento descritivo de que se deve lançar mão não pode deixar de lado o momento propriamente filosófico da proposição de um modelo ou arranjo normativo para o direito. Ainda assim, essa fragmentação traz consigo alguns riscos. Dentre eles a consequência de um enfraquecimento, senão verdadeira diluição das fronteiras do campo jurídico (e do discurso jurídico) frente aos projetos de metadiscursividade que o constroem. Não é à toa que se tenha mesmo, num terceiro momento – como será tratado mais detidamente no capítulo final –, de enfatizar o necessário reforço metodológico da ocorrência jurídica.

O *diferendo* nos ensina qual é afinal o contexto atual da realização do direito. Não nos dá respostas ou soluções prontas, indicando antes a “temporada de crise” pela qual tem passado o pensamento jurídico: ou simplesmente, informa-nos da atual pro-

reflexivas com o mero trabalho distanciado de um apreender o “direito como objeto”. Seu foco terá de recair sobre o *pensar jurídico* – o pensamento que pensa e nisso realiza o direito! Compreender essa premência é hoje, de fato, fulcral, como bem souberam nos ensinar Castanheira Neves e Aroso Linhares. Assim, “o objeto de uma *teoria do direito* hoje possível (assumida como uma *teoria crítico-reflexiva*, com um alcance que ainda viremos ter em conta) não pode ser <<o direito, como que hipostasiado num em si e por si, mas as concepções práticas que o manifestam e os pensamentos que o pensam>>: <<[A] uma “teoria do direito” compreendemo-la hoje sobretudo como a determinação crítico-reflexivamente metanormativa do direito, i. é, das concepções e das práticas constitutivas da juridicidade (...) e dos pensamentos que (...) pensam (...) o direito. (...) Pois só na unidade histórico-cultural entre aquelas e estes o direito vem à sua existência, à sua objetivação real e pode, já por isso, ser “objeto” de uma reflexão teórica que nessa objetivação o queira compreender.” AROSO LINHARES, José Manuel. *A representação metanormativa do(s) discurso(s) do juiz: o <<testemunho>> crítica de um <<diferendo>>?* Revista Lusófona de Humanidades e tecnologias. Estudos e Ensaios. p. 08. CASTANHEIRA NEVES, A. *Teoria do Direito. Lições proferida no ano lectivo de 1998/1999*, policopiado, Coimbra, 1998, p. 28. E, para que se esclareça em definitivo quanto ao uso em que estamos a apostar com a referência ao diferendo, nos dizeres de Aroso, nesse mesmo trabalho, à página 02, lemos: “Se os termos de pluralidade, diferendo, testemunho, procura do idioma (recorrentemente mobilizados no texto) nos remetem para a experimentação das <<instâncias da linguagem>> assumida por LYOTARD, importa ver nesta convocação um mero recurso expressivo – inteiramente desvinculado das representações da heterogeneidade e da incommensurabilidade que singularizam a <<procura filosófica>> do autor de *Le différend*.”

blematicidade do direito. Como categoria constitutiva do vocabulário jurisprudencialista, o diferendo ensina perceber um contraponto central entre *sociedade* e *comunidade* (*societas / communitas; Gesellschaft / Gemeinschaft*). Essa contraposição nos remeterá ao debate que se tem travado no plano da filosofia política quanto às escolhas e conceitos das *teorias das justiças* – tema de que trataremos no próximo capítulo. De qualquer maneira, por ora o que nos importa ter em mente é sua convocação como conceito-chave de leitura ou de apreensão-vivência da *societas*. Que por certo atinge a comunidade metodológica que lapida nosso pensamento (e inicia-nos no campo jurídico) com suas especificidades reflexivas e problemáticas, mas que, sobretudo, desenha o contexto em que tal diferenciação se torna possível ou viável. Com isso, o diferendo garante-nos uma concessão reflexiva que nos permite caminhar num resguardo da *filosofia* ante as mais variadas tentativas de se lhe sobrepujar ²⁸⁶.

Diferendo é, portanto, essa instância que não nos permite aceitar a redução discursiva e, por conseguinte, normativa da referência à pergunta *o que é o direito*, além de nos atentar quanto à dimensão egoística de algumas intenções políticas frente à juridicidade. Surgindo-nos numa resultante da instauração e institucionalização teórica do normativismo que nos subjugou sob o direito-*objeto*, o diferendo nos aparece hoje como um momento constitutivo do próprio pensamento jurídico, e não só como algo por ele (enquanto normativismo jurídico) historicamente constituído. Uma vez que o objeto jurídico se apresenta apenas na leitura que dele se faça pelo pensamento que o pensa, e tendo em vista que a sua leitura não se dá de forma unívoca, mas de numa profusão crescente de hermenêuticas e retóricas jurídicas, aquele pensamento como que tende a substituir o seu objeto. É como se o próprio pensamento jurídico, negado de sua essência de criação e experimentação concreta do direito, porque mediado por

²⁸⁶ AROSO LINHARES, José Manuel. *A diferença como <<diferendo>> e interdiscurso*. In: *A reescrita...*, pp. 268/274: “Tratando-se assim de <<aceitar a pluralização problemática na sua facticidade para a desenvolver enquanto normatividade ou de, na mediação de uma perspectiva simultaneamente positiva e crítica (<<não eufórica>>) da pluralidade, <<assumir a mutação activa (Aktiv-Wendung) da experimentação do presente>>. (...) Mas sobretudo de, com a plasticidade simbólica de uma <<divisa>>, exaltar a condição (<<que é a nossa>>) de uma modernidade pós-moderna (Unsere postmoderne Moderne). Só que agora já explicitamente como um modus (ou como <<uma forma>>) plausível (<<eficiente>>) de realização (continuação) da modernidade.” Explicando este último ponto, Cf.: WELSCH, Wolfgang. *Unsere postmoderne Moderne*. Op.Cit., p. 206. “Die Postmoderne ist schon in der Moderne impliziert, weil die Moderne – die moderne Temporalität – in sich einen Antrieb enthält, sich selbst im Hinblick auf einen von ihr unterschiedenen Zustand zu überschreiten. Und mehr als das: sich sogar in eine Art letzte Stabilität aufzulösen, nach der z.B. das utopische Projekt strebt, aber ebenso das einfache politische Projekt, das in den großen Emanzipationserzählungen enthalten ist. Die Moderne geht konstitutiv und andauernd mit ihrer Postmoderne schwagen.”

uma “teoria normativa” do direito, voltasse-se ao seu algoz (o cientificismo jurídico: não é difícil que tenhamos aqui em mente, basicamente, a pretensão inglória – haja vista a ausência de *método* – do jurista da teoria pura do direito) e o responsabilizasse em seu projeto. Podemos perceber, assim, dois momentos de referência ao *diferendo*, no que toca o direito: primeiro, ele é constituído pelo normativismo e sua objetivação da juridicidade, decorrendo daí uma fragmentação inevitável; e, em seguida, ele mesmo passa a constituir o desenho (a estética) que dispõe as possibilidades da juridicidade, mostrando-nos hoje uma miríade de diferentes pensamentos jurídicos²⁸⁷. Assim, se o normativismo cerra a juridicidade como objeto, é também esse mesmo olhar que abre caminho à substituição do objeto pelo pensamento jurídico.

É nessa esteira que, como ensina Aroso Linhares, se esclarece a pretensão de uma *reescrita da juridicidade* com a proposta de uma “teoria” do direito que não se volta ao objeto-norma ante à inevitabilidade da decisão (*sub judice*), mas aos pensamentos que pensam o direito, ao nos premir com o espectro do direito em *diferendo*. Daí se tratar, como veremos, não mais de uma “teoria normativa” do direito, mas de uma “teoria” metanormativa. Sua intenção é reescrever a atualidade jurídica tendo como interlocutor imediato ou mesmo como um seu pano de fundo o “direito moderno que interessa”, não sendo outra a razão de seu diálogo com o normativismo jurídico. De outro lado, a plêiade referencial que envolve as hipóteses dessa leitura se orienta pelo vestígio do projeto filosófico de uma “reescrita pós-moderna da modernidade”, mormente na linha de Lyotard e Wolfgang Iser. Para tanto, o entendimento claro de o que seja afinal “pós-modernidade” se faz também central, sendo assumida como “categoria filosófica”: ela vai concebida como instância reflexiva ou “modo de pensar” – e não temporal – já inserto na própria lógica da modernidade reflexiva (na *filosofia* que pensou e erigiu – legitimando – a modernidade). Daí se falar de uma pós-modernidade moderna, ou, de uma modernidade pós-moderna: o “modo de pensar pós-moderno” estaria já presente na filosofia moderna. Trata-se, pois, de uma pós-modernidade que em verdade ela mesma é já moderna, bem como de uma modernidade que traz no seu bojo a inevitabilidade de uma sua ultrapassagem (como que uma *auto-ultrapassagem*) em seu próprio devir²⁸⁸. No que toca o direito, fala-se na reescrita daquilo que então se

²⁸⁷ LYOTARD, Jean-François. *Le Différend*. Op.Cit., p. 09.

²⁸⁸ Parece não ser irrelevante pontuarmos aqui a semelhança dessa perspectiva, salientada por Aroso Linhares e Wolfgang Iser, e a visão de *pensamento* que tem o hermeneuta italiano, Gianni Vattimo.

nos surge como modernamente relevante: isto é, o *normativismo*, assimilado como núcleo da *modernidade* jurídica.

E com esse relançar de olhos ao movimento jurídico da modernidade (a modernidade juridicamente relevante) o que se libera no espaço de ocorrência do pensamento jurídico é a apreensão e a construção de uma visão que labora o direito internamente, na base daquilo que estamos a conceber como *perspectiva interna* da juridicidade²⁸⁹. Sob essas linhas deve-se conseguir ler o *continuum* (que se mostra historicamente numa série de *descontinuidades* do próprio pensamento que pensa o direito) que se mantém estabelecido entre a opção inicial que infere os limites objetivos e normativos da experiência jurídica (o direito-*objeto*), do qual se vê distanciando aquele que o descreverá (o *jurista*), e as consequências como que indeterminadas de um *pensar* que caminha em crescente expansão. Perceber que a solução normativista – que empenha a ocorrência jurídica numa mediação normativa – dependente, também ela, do trabalho característico do pensamento jurídico é, afinal, compreender os equívocos em que ela estava a incorrer. Foram as suas opções teóricas que, frise-se, preparam o terreno para sua ultrapassagem, de modo que, em última análise, as problemáticas com as quais ainda hoje temos de nos debater não são de todo diferentes daquelas com as quais se organizou o normativismo jurídico. Não se perca de vista, de outro lado, que com isso também virá à tona uma série de temáticas diversificadas, demarcando-se um território em aberto (uma nova *realidade jurídica*), bem como o liame que se coloca (em conti-

timo. Para ele: “Um discurso sobre o pós-moderno em filosofia, se não quiser ser apenas uma pesquisa rapsódica das características da filosofia contemporânea capazes de ser comparadas com aquilo que, em outros domínios, da arquitetura à literatura e à crítica, é chamado por esse nome, deve ser guiado, creio eu, por um termo introduzido em filosofia por Heidegger, o de *Verwindung*. *Verwindung* é a palavra que Heidegger usa, de resto bastante raramente (...) para indicar algo análogo à *Überwindung*, a superação ou ultrapassamento, mas que se distingue desta por nada possuir da *Aufhebung* dialética, nem do “deixar para trás” que caracteriza a relação com um passado que não tem mais nada a dizer-nos. Ora, é precisamente a diferença entre *Verwindung* e *Überwindung* que nos pode ajudar a definir o “pós” do pós-moderno em termos filosóficos.” VATTIMO, Gianni. *O fim da modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, 197.

²⁸⁹ “Trata-se desde logo de exigir que a modernidade jurídica relevante (aquela, como veremos, que se mostra apta a participar, como discurso autônomo, na <<guerra dos gêneros>>) se confunda com um processo-eixo historicamente experimento (mas também autorreflexivamente construído) de emancipação (<<descentralização>>) da esfera cultural *direito* e de fixar neste uma representação definitiva ainda *hoje* insuperada (só que muitas vezes inconfessadamente prosseguida) da juridicidade. Processo-eixo que é muito simplesmente aquele que o projecto da legalidade iluminista abriu e por cuja realização (consumação) o Método Jurídico (nos seus sucessivos fluxos, mais ou menos luminosos) se responsabiliza – ou a cujo programa confere a transparência (se não incandescência) inexcedível de um paradigma (por sua vez também mais ou menos reflexivamente <<produzido>> e (ou) prescrito.” AROSO LINHARES, José Manuel. *Entre a reescrita pós-moderna da modernidade e o tratamento narrativo da diferença... A diferença como diferendo...* Op. Cit., pp 347/348.

nuidade) entre modernidade/pós-modernidade, mas igualmente entre objeto/pensamento interrogante²⁹⁰. Perceber que a realidade se nos mostra tão somente por meio das *traduções* que dela se faça é, com efeito, tão banal quanto termos de concluir que as traduções são, no mais das vezes, falsificações daquela realidade.

Com efeito, uma vez que se assuma esse projeto cuja intenção última ou o escopo final se representa na viabilização de uma metodologia própria à realização do direito (projeto do qual se abre mão nos limites do normativismo jurídico), toda uma “nova realidade jurídica” se nos coloca a ser visitada e novamente frequentada pelo jurista: para usar a expressão de *Paolo Grossi*, a *paisagem jurídica* para a qual se convoca o trabalho do pensamento jurídico como que se transtorna, agitada pelos ventos que lhe correm, e passa a exigir daquele que dela se ocupe um renovado arsenal de apreensão e realização do direito. Em suma, um novo pensamento jurídico, menos cognitivista e cientificista do que pragmático e reflexivo. Perceba-se, entretanto, que nesse projeto – ou “programa metodológico”, como prefere *Aroso Linhares* – o diferendo não está a estremar e tampouco a impor-nos uma solução derradeira ao problema do direito. Como já dissemos, sua providência não é essa e longe disso está, embora prepare o caminho para uma reflexão metodológica, com base num maior grau de *compreensão*, ou autorreflexão de nossa época. Ainda assim, a metodologia propriamente dita, a qual não se limita a uma compreensão hermenêutica das coisas, mas antes pretende dar *respostas*, decidir acerca de *juízos concretos*, exige mais em nosso trabalho. De modo que o diferendo apresenta esse condão de nos municiar com um arquétipo hoje sobremaneira relevante e esclarecedor – e, impõe-se dizer, de modo *crítico* – que nos permite desenhar a atualidade de uma ocorrência, e, especificamente no campo jurídico, aponta-nos os espaços e as dinâmicas da emergência do direito como pensamento jurídico²⁹¹. Com isso ele vai aos limites da juridicidade, abrindo àquele que tra-

²⁹⁰ Como ensina *Paul Feyerabend*: “Os conceitos introduzidos assim não são entidades abstratas e nem são separados das coisas. São aspectos delas, do mesmo modo que a cor, a velocidade, a beleza do movimento, a habilidade especializada e o manejo de armas ou das palavras. Eles são adaptados às circunstâncias em que vêm à tona e se modificam de acordo com elas.” FEYERABEND, Paul. *O conhecimento e o papel das teorias*. In: *Adeus à Razão*. Rio de Janeiro: Unesp, 2009, p. 138.

²⁹¹ Nesse sentido, utilizando-nos da linguagem adotada por Bobbio em “*Ser e dever ser na ciência jurídica*”, diremos que o olhar do direito em diferendo opera espécie de análise descritiva, alocando-se naquilo que o jurista italiano chama de metajurisprudência. Nesse caso, desenha-se aqui, sim, um programa, mas de maneira descritiva, e não prescritiva. De sorte que, num momento posterior – no âmbito da jurisprudência – trabalha-se de maneira prescritiva, trazendo respostas e afinal dizendo como a teoria do direito deve atuar. Perceba-se que aquilo a que Bobbio dá o nome de programa não se refere a uma metodologia, ou um programa metodológico, como dissemos, mas sim àqueles momentos pré-

duz o direito novos caminhos até então secundarizados e deixados em segundo plano – o próprio *pensar do jurista* –, contribuindo à reescrita da “teoria” do direito que exige uma especificidade pragmaticamente autônoma. Por conseguinte, não temos aí uma saturação metodológica do direito, antes uma reflexão atenta e *pré-metodológica* que merece a atenção do jurista na medida em que tem consequências normativas à própria juridicidade e suas possíveis metodologias.

Cuida-se desde logo de aceitar que o olhar do teórico do direito caminha sempre em “duas frentes” (ainda quando se pretenda negá-lo): de um lado, não pode e de fato não prescinde do assim chamado *diagnóstico de época*, a se formar como espécie de tradução descritiva do tempo presente (aquele tempo que perpassa tanto o direito quanto o teórico que dele se ocupa), trazendo à luz sua historicidade; de outro lado, o jurista não hesita (verdade seja dita) diante da necessidade da composição prescritiva de um programa, de uma metodologia, sempre renovada e respeitante daquela tradução “precedente” que se avoca na formação de um *postulado construtivo* por meio de uma opção normativa. Há aí – nesses dois momentos, ou duas frentes do mesmo movimento – uma continuidade infungível, a qual merece ser visitada e revisitada como instância do *experimentalismo*: com efeito, o jurista em seu labor formará uma resposta, ou um juízo concreto que em verdade não é outra coisa senão um “experimento em aberto” (um problema continuamente referenciado), uma resposta possível, a partir da tentativa de “tradução do presente”²⁹². Com o diferendo o que se está a celebrar é certa *abertura cultural* à profusão das “autonomias reflexivas” – levadas quase que ao infinito – como problema nuclear de uma teoria jurídica que assume o presente problemático do direito e que intente ser uma “teoria metanormativa”. De tal sorte que, não obstante as dificuldades em que nos engendramos (a parecer-nos por vezes verdadeiros

metodológicos que, portanto, demandarão um olhar posterior, este sim, estritamente metodológico e, pois, prescritivo. Sobre isso, conferir: BOBBIO, Norberto. *Ser e dever ser na ciência jurídica*. In: Direito e Poder. São Paulo: Editora Unesp. 2007, pp. 55/89.

²⁹² “Uma experimentação que em si mesma (nas possibilidades-condições que a liberam) ilumina uma nova distribuição dos tipos da racionalidade. *Por um lado*, porque, não podendo ser traduzida numa (ou como uma) experiência empírica (ou submeter-se às exigências do gênero cognitivo- <<ostensivo>>), afirma a sua irredutibilidade a um *saber-fazer* e às <<razões>> do vínculo *techné-episteme*: sem deixar simultaneamente de neste vínculo denunciar a hipertrofia determinante do primeiro termo (e (ou) o declínio irreversível da *teoretische Vernunft*). *Por outro lado*, porque, dizendo-se também inconfundível com o comportamento-*ação*, condena a disposição para agir (não menos irreversivelmente) ao horizonte de inteligibilidade da prática política e nesta ao <<momento>> (microscopicamente fechado) da deliberação-decisão: sem deixar no entanto – e é este o ponto decisivo – de por sua vez <<salvar>> (ou recuperar) a <<modalidade>> da *ratio-phonesis*.” AROSO LINHARES, *Entre a reescrita e...*, p. 241.

becos sem saída), privilegiar o diferendo da juridicidade hodierna permite recolocar-mos a ênfase do pensamento jurídico numa intenção metodológica (da metodologia jurídica) como momento imanente ao *modus* de exercício que caracteriza o desempenho do trabalho do jurista. Embora tratemos isso de maneira mais detida no capítulo seguinte, importa perceber desde já que nessa propensão à *reescrita metodológica* o trabalho do jurista se aproxima um tanto das também atuais discussões em torno do “juízo estético”, ou da reflexão acerca da formação do *juízo do belo*, como nos informa Aroso Linhares. Isso não deve deslocar o foco da metodologia jurídica como trabalho de reflexão autônoma, mas, com efeito, não podemos ignorar aquilo que o jurista português tem tratado pela alcunha de um *quarto paradigma reflexivo* – o *paradigma estético*²⁹³.

Essa construção se opera a partir da recuperação da terceira crítica kantiana – a *crítica do juízo* – que mais tarde fora referida no último e não finalizado trabalho de Hannah Arendt como uma possível “categoria política” a ser elaborada no âmbito do discurso moral (como *juízo moral*). Se quisermos, com o enfoque *jurisprudencialista* e seu pretensão de reescrever a crítica normativista, a crítica do juízo passa a ganhar espaço também nas abstrações e teorias jurídicas²⁹⁴. Teríamos com isso um quarto paradigma reflexivo para as lucubrações e ponderações insertas ao pensamento jurídico, paradigma esse adequado mormente àqueles que apreendem a juridicidade em razão da inevitabilidade da decisão concreta. Nessa esteira, cuida-se de perceber a formação do *juízo jurídico* como ocorrência histórica e contingente, tal qual uma manifestação expressa no devir da história, embora referenciado a partir do pensamento que o pensa. Chama-se atenção com isso à reflexividade que caracteriza o *decisium sub iudice*, uma

²⁹³ Sobre a figura dos paradigmas como chave de leitura “histórica” do *devir* “pensamento filosófico”, no ocidente, conferir: LUDWIG, Celso Luiz. *Para uma filosofia jurídica da libertação: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, pp. 19/29. Aí se lê que cada novo paradigma estabelecerá – como que revolucionariamente – as ditas condições de “cientificidade”.

²⁹⁴ “Assim, a experiência do belo convida a filosofia a meditar na unidade de sentido da palavra forma (ou também da palavra estrutura), isto é, na relação entre a forma sensível dada como *Gestalt* significativa, própria ao objeto estético, e a forma racional elaborada pelos formalismos que, para compreendê-lo, substituem ao objeto real um objeto ideal. Em outras palavras, ela convida a meditar na unidade dessas duas atividades “complementares como contrários bem feitos”, dizia Bachelard: a poesia e a ciência.” E, na página seguinte, prossegue: “E o mesmo vale da práxis técnica que, longe de fazer, em sua essência, violência à natureza, trava amizade com ela, conhece-a e a aperfeiçoa. (...) Assim a experiência estética pode ser descoberta na partida de todas as rotas que a humanidade percorre: ela abre o seu caminho à ciência e à ação.” DUFRENNE, Michel. *Estética e Filosofia*. São Paulo: Ed. Perspectiva, 2004, pp. 28/30.

vez que a decisão jurídica não se dá sem mais, ou *ex nihilo*, aparecendo aí o pensamento jurídico como constante reflexiva que opera as mediações historicamente necessárias. Não se está com isso a optar entre a “barbárie da violência” (característica da decisão que não procura uma dimensão de *validade*) e o peculiar “imobilismo da autorreflexão” (como se dá nas hermenêuticas que tencionam uma ontologia jurídica). A proposta de uma “teoria normativa” não deixa de exemplificar essa asserção, uma vez que opera a mediação de uma normatividade específica à decisão judicial, mas não abre mão daquela reflexividade. A centralidade do decisum é, com efeito, indiscutível. Ocorre que não se pode perder de vista diz respeito, porém, à imanência reflexiva, como problema de validade jurídica, que o pensamento jurídico aí disponibiliza. Isso não deve levar a incorrer na precipitação normativista e sua noção de “regra de competência”, como se bastasse decorrer do órgão competente para ser válida (como validade jurídica) referida decisão. Nesse caso se mostraria impossível a diferenciação entre direito e política, uma vez que é a *voluntas* da segunda que se expressaria na decisão do primeiro, avocada essa voluntas no labor decisório do direito: vale lembrar que a decisão do órgão competente não é necessariamente uma decisão-reflexiva (pensada e tencionada por uma metodologia própria), mas mera expressão de uma vontade política²⁹⁵. Daí a chamada “interpretação autêntica” não poder ser deixada abandonada sem reflexão metodológica, em suma, no todo afastada daquele pensamento que a pensa – o *pensamento jurídico*. Diante disso, o caminho que aqui nos orienta sustenta que a inevitabilidade da decisão judicial é trespassada pelo respirar reflexivo do jurista – seja para o bem, seja para o mal: é esse o fardo daqueles que optam por pensar a juridicidade, eles terão de, continuamente, *pensar*, e com isso reinventar, sempre novamente essa mesma juridicidade.

Mas o que nos cabe fazer, a esta altura, é aclarar o invólucro que hoje ocorre ao pensamento jurídico, de modo a esclarecer o diferendo que então nos assalta em nossas atenções frente à realização do direito. Já deve ter ficado claro que é a própria pretensão de autonomia cognitivista do normativismo jurídico que apronta essa situa-

²⁹⁵ “E ainda numa conclusão relevante. Pensando o direito numa pressuposição normativamente objectiva, o método seria de todo um factor dependente e secundário, apenas o modo que se pretendia adequado para o determinar e conhecer nessa sua autónoma objectividade. Ou seja, a solução estaria essencialmente no direito-objecto e não no método – este, não sendo constitutivo, não seria quer prioritário, quer reflexivamente imprescindível.” CASTANHEIRA NEVES, A. *O sentido actual da metodologia jurídica*. In. Boletim da Faculdade de Direito. Volume Comemorativo. Coimbra: Coimbra. 2003, p. 126.

ção, uma vez que fora a opção criticista do projeto de uma *ciência jurídica* (cuja arquitrave é sem dúvida a *teoria pura do direito*) que de fato viabilizou a fragmentação hermenêutica que se nos apresenta como que na estrutura do *diferendo*. Uma vez determinado o objeto da ciência jurídica – com o que se lhe exclui, diga-se de passagem, o olhar legitimador do jurista e uma série de possíveis referências normativas, bem como diferencia direito e a moral –, toda uma plêiade analítica e reflexiva, ora mais propensa à problematização ora mais formalista, acaba por se armar em torno daquele objeto. Não é passível de se ignorar o fato de que (sempre?) há uma série de plausíveis leituras do mesmo objeto. Embora nessa linha o direito seja uma coisa e o pensamento jurídico, outra, isso não impede que a uma diversidade de “interpretações inautênticas” se antecipe em dizer o que é afinal aquele objeto. De modo que, não obstante haja uma cisão teórica entre a “interpretação autêntica” – que reduz a decisão jurídica à vontade política – e essa riqueza de “interpretações inautênticas”, fato é que essa última se antecipa àquela e traça os seus limites, por vezes impondo o próprio *decisium*. Isso de um lado. De outro, se considerarmos que o próprio normativismo não deixa de ser um projeto teórico – bem como qualquer intento de enlace do fenômeno jurídico – e com isso percebermos que a própria escolha do objeto da ciência jurídica não deixa de passar por um filtro de “teoria do conhecimento” – lembremos que o estruturalismo kelsiano, em sua elaboração de uma validade escalonada, não deixa de lançar mão, antes se lhe faz necessário, da assim chamada *Grundnorm*, o que faz inserir no âmbito do *Sollen* elementos que em tese estão apartados do direito como ato de vontade e alocados no plano do *Sein* –, então será inevitável admitirmos que é o próprio pensamento jurídico o responsável pela constituição do *diferendo* ²⁹⁶.

“Acentuação que nos basta para esboçar um percurso reflexivo: um percurso que nos obriga a frequentar uma espécie de território-*pagus* – partilhado por um espectro diversificado de diagnósticos e (ou) pela experiência que os concerta – antes de o submeter o contraponto pluralidade/ unidade a dois exercícios de contextualização distintos: o primeiro a remeter-nos para uma compreensão global da práxis e do mundo prático, que o é também já

²⁹⁶ “Como se enfrentar o processo de <<descentramento>> do formalismo normativista – a recondução deste à condição de uma perspectiva entre outras possíveis – significasse antes de mais reconhecer os <<sinais>> que os seus interlocutores-opponentes iluminam... e este indissociados das decisões de relevância que os selecionam e dos <<códigos>> que os decifram e hierarquizam – se não também já das concepções do direito que explicita ou implicitamente os sustentam como testemunhos.” AROSO LINHARES, J. *Jurisprudencialismo: uma resposta possível em tempo(s) de pluralidade e diferença?*, Op. Cit., p. 19.

explicitamente da *communitas* ou do regresso desta; o segundo a concentrar-nos no mundo prático do direito e na abordagem interna que a sua renovação exige.”²⁹⁷

Essa acentuação é-nos de fato essencial, sobretudo porque bem delimita a situação em que nos encontramos. Uma vez que se instaura o diferendo no direito, impõe-se ao jurista a assunção de uma reflexão um tanto mais complexa – impõe-se-lhe adotar o assim chamado *pensar complexo* –, certamente que não menos jurídica, mas voltada também a outras facetas, que diríamos essenciais, da ocorrência do direito. Assumir o diferendo no direito – esse o *pagus* a que se está a referir e que aponta a uma crise específica no campo jurídico, a experiência problemática de se ter de encontrar um caminho-resposta ao disparate do cientificismo e, por conseguinte, ao normativismo jurídico – é admitir que o que está a prevalecer no direito, dispondo seu caráter imemorial, é o seu *pensar*, de modo que é nesse seu espaço próprio que ele (o direito) pode encontrar algum caminho-resposta para sua realização hodierna: como veremos no capítulo seguinte, a aposta jurisprudencialista se dá no sentido de que o pensamento jurídico deve assumir essa sua condição imanente na própria realização do direito, perquirindo-o metodologicamente no processo de sua ocorrência concreta, isto é, no âmbito do tribunal e da possibilidade aí de um *justo jurídico*²⁹⁸. De outro lado, impõe-se perceber aquilo que é já um adágio do pensamento crítico, isto é, que é somente da crise e de sua adequada compreensão que pode emergir um pensamento verdadeiramente crítico (ou minimamente atento): e, no que toca o direito e o pensamento que o pensa, o diferendo indica que é numa sua abordagem interna que se pode conquistar tal crítica, bem como o assim chamado *justo jurídico*²⁹⁹.

²⁹⁷ Idem, ibidem.

²⁹⁸ Daí a tamanha dificuldade em se trabalhar com a assunção de éticas universais no campo jurídico. Como ensina Lyotard: “La causalité par liberté donne des signes, jamais des effets constatables, ni des chaînes d’effets. Aucune <<nature>>, même suprasensible, même comme Idée, ne peut résulter de l’obligation. L’impératif n’ordonne pas d’agir de façon à produire une communauté d’êtres raisonnables pratiques, mais comme si la maxime de l’action devait être une loi de cette communauté. Comme signe, la phrase éthique est sans suite, donc dernière. Mais, comme il n’y a pas de dernière phrase, il faut qu’une autre phrase enchaîne sur elle. Et, comme CET enchaînement ne peut pas être celui d’une implication éthique, qui est impossible, si cependant il est une implication (série de conséquences), celle-ci n’est pas éthique, mais cognitive.” LYOTARD, Jean-François. *Le Différend*. Op.Cit., p. 186.

²⁹⁹ “A oportunidade de encontrar respostas-soluções para estes desafios e para a autorreflexão que os expõe e intensifica? Antes uma oportunidade de procurar-ensaiar uma resposta *diferente*, diferente de todas aquelas que as interpretações narrativas, ontológico-existenciais ou éticas (se não ético-políticas) – e estas separadamente ou a convergirem num horizonte comum, eventualmente a assegurarem um *over-*

Uma abordagem interna que, certamente, não abre mão e tampouco esquece das condições de representação e de determinação que o contexto global está constantemente a inferir – em última análise ela não pode esquecer-se da relação *universal-particular* –, suas novas compreensões e apreciações da práxis social, mas que também não pretende arquitetar um plano de especificações tal que se opere em nome de alguma celebração da autonomia-*Isolierung* do campo jurídico ante os discursos vários que se lhe chegam. Não se quer, portanto, isolar o campo jurídico, mas convocar aquilo que lhe é originário (*o originarium*) que constitui o próprio “problema do direito”, tendo como escopo último, na perlaboração de uma metodologia própria, experimentar a continuidade que determina sua realização. O diferendo que se nos instala então infungível, no aqui e agora da experiência jurídica, não se aloca noutro espaço senão nessa continuidade, de modo a demarcar as esteiras que correm no interior do pensamento jurídico e da formação do juízo concreto a que é convocado. Aloca-se, portanto, nesse *locus* de uma específica continuidade – e é propriamente específica, percebe-se, porque voltada a resolver problemas que então se concebe como *problemas jurídicos* –, mas a nos informar, também, de suas descontinuidades. Afinal, no ato de recolhermos os sinais de fragmentação e da respectiva perda de unidade que atingem as práticas juridicamente relevantes, os veios temáticos, bem como a reflexão acadêmica que os dispõe (e as práticas institucionais que as cumprem), confronta-se o pesquisador com a impossibilidade de uma *linguagem* comum: com efeito, no plano de continuidade que caracteriza a dimensão cultural da esfera jurídica nos deparamos com uma *série de descontinuidades*.

Dessa forma, não foi sem importância, percebe-se, a alusão que acima fizemos quanto à noção de paradigma, e especialmente à tentativa hoje recorrente de uma busca de artefatos reflexivos no campo da formação do *juízo estético* a fim de cunhar-se novo arsenal teórico para o pensamento jurídico: lembremos afinal do que nos disse há pouco *Dufrenne*. A atual situação do pensamento jurídico, abandonado ao diferendo, acentua essa ausência de uma linguagem comum, ou mesmo de centro referencial que se coloque a uma consideração global. Perceba-se que a perda desse centro de sentidos e a lacuna que então se abre conduzem-nos a um processo inevitável de *erosão para-*

lapping consensus (resta saber qual!) – nos permitem reconhecer. A oportunidade-exigência de interpe-lar o mundo prático-comunitário (e a tensão entre estabilização dogmática e realização transformadora) na perspectiva do direito e dos compromissos que o distinguem... que é também afinal a de nos pôr perante a possibilidade de uma perspectiva *interna*.” AROSO LINHARES, J. Idem, *ibidem*, p. 47.

dogmática, como que a esfacelar (aí a *Detruktion*) um certo paradigma-modelo no âmbito do direito: ou, simplesmente, indicando-nos da circunstância reflexiva e cultural (mas também e sobretudo *institucional* e a referir, portanto, muito objetivamente a prática judicial de realização do direito) que nos assegura hoje acerca da sua superação. Assim, do projeto normativista o que até nós chega ainda hoje é, com efeito, e tão só, seu intento no sentido de garantir a autonomia do fenômeno jurídico, bem como, em decorrência disso, o *diferendo* que tal intento afinal constituiu.

Cuida-se afinal de assumirmos como ponto de partida infungível a conjuntura de um pensamento – especificamente, o *pensamento jurídico* e a profusão representativa em que é lançado – que, porquanto se nos apresente a um só tempo como *discurso* e *prática* (ou, se preferirmos, tal qual um *acervo* reticular de discursos e de práticas), já não se orienta em seu percurso tendo em mãos o mesmo mapa de que o passado lhe premiou, qual seja aquele “modelo normativo” hoje ultrapassado. E isso porque em seu próprio caminhar ele mesmo (o pensamento jurídico e a prática que o orienta) ultrapassou e assim consumou aquele modelo, todavia sem substituí-lo por outro: em suma, abandona-se o modelo prático e teórico da teoria normativa, sem que nenhum outro se tenha firmado em seu lugar, abrindo como um vácuo à realização do direito. Sendo certo, porém, que a experiência jurídica que se deve hoje ter em conta, como estamos a tentar fazê-lo, não é tanto a da consumação desse *um* discurso dominante senão aquela que pretende aparelhar uma *reação-resposta* a tal limite³⁰⁰. Reação essa – ou, resposta cultural – que, no entanto, multiplica as propostas e pretensões de apreensão-realização do direito, bem como os projetos de interpretação dogmática que especificam cada uma dessas pretensões de apreensão, ao mesmo tempo em que viabiliza que as práticas (o *labour*) jurídicas, e também as “comunidades dos juristas”, sejam disputadas por uma miríade de olhares ou de “espectros reflexivos” de pluralidade certamente sem precedentes: cada qual com os seus respectivos horizontes de intencionalidade e processos de racionalização-realização do direito, internamente inconfundíveis e quiçá in-

³⁰⁰ “Experiência paradoxal esta, enquanto nos condena a recolher-decifrar os sinais de fragmentação ou de perda de unidade nas vozes que pretendem assimilar-superar tais sinais e constituir-se como alternativas totalizantes.” AROSO LINHARES, J. *Jurisprudencialismo: uma resposta possível em tempo(s) de pluralidade e de diferença?*, p. 11.

comensuráveis³⁰¹. Eis, ademais, o que condena a juridicidade do hoje ao forçoso *differendo*.

Perceber esses sinais é ter de frisar cada um dos testemunhos que a comunidade jurídica – e as comunidades que aí se formam – está em condições de produzir, testemunhos, portanto, de uma *academic house*, a se mobilizarem tanto num plano estritamente *dogmático* (e por isso, ao menos aparentemente, de maior cotidianidade), como também nas mais variadas disposições *metanormativas* que por certo pressupõe, e cada qual em sua específica intenção. De sorte que se trataria de intentar no âmbito do pensamento jurídico uma *acumulação* crescente de distintas “representações” de um mesmo oponente, o “formalismo jurídico”, a nos permitir perceber que cada um dará a esse interlocutor um seu olhar diferente. Estimulando-nos a perceber uma série de possíveis traçados à sua reescrita, bem como a desembocarmos em desenhos jurídicos variados, cada um a reagir à sua maneira à ausência daquela “linguagem comum”, o que, no limite, tende a nos conduzir ao incomensurável – note-se que nesse *continuum* de *descontinuidades* cada um acaba por escolher um *caminho*; são testemunhos *rivals* que assim se nos apresentam³⁰². É com isso, portanto, que estamos a ter de nos

³⁰¹ Pense-se, ademais, o que representa o caleidoscópio que serve a *Manuel Hespanha* como representativo da atual condição do direito e da teoria jurídica. Trata-se, de fato, de perceber uma série – como miríade – de possíveis desenhos ao mesmo problema, o problema do direito. Vale anotarmos aqui algumas de suas palavras críticas, insertas em livro bastante esclarecedor: “Seja como for, a orientação estratégica de reconstruir a teoria e metodologia do direito numa perspectiva pluralista está basicamente correcta, por corresponder ao modo de ser das sociedades dos nossos dias. Porém, com uma reserva fundamental. Enquanto as concepções pluralistas não cultivarem um ecumenismo que lhes permita reconhecer, sem discriminação, todas as formas de manifestação autónoma de direito e de dar a todas elas a mesma capacidade de se exprimirem na comunidade jurídica, a garantia do um pluralismo verdadeiramente pluralista não está realizada.” HESPANHA, Manuel. *O Caleidoscópio do Direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 65. Na mesma toada, vale a referência de um outro jurista crítico – baluarte da crítica ao monismo jurídico –, PAOLO GROSSI, a fim de pontuar questão sobremaneira relevante, não obstante ande à margem da proposta aqui enunciada: “Si deve aver contezza che il diritto è di attuare la sua liberazione dall’autoritarismo politico per consegnarsi nell’abbraccio dell’autoritarismo economico, um autoritarismo arrogantissimo. A nostro avviso – considerate la plasticità, la mobilità, la mutevolezza delle forze economiche e considerato lo spazio universale di diffusione – è un rischio da correre e anche una scommessa da sottoscrivere, muniti tuttavia da una piena consapevolezza delle molte valenze di questo incisivo fenomeno storico-giuridico, con l’impegno totale di ogni giurista a trarre da esso il lievito positivo per un costume nuovo e per una visione nuova delle fonti di produzione del diritto.”

³⁰² “In the broadest terms, the crisis reflects a loss of faith concerning the availability of objective criteria permitting the ascription of distinct and transparent meanings to legal texts. Moreover, this loss of faith manifests itself in the intensification of conflict among the community of legal actors, the dissolution of any genuine consensus over important values, the seemingly inescapable indeterminacy of legal rules, and the belief that all the dispositions of legal issues are ultimately political and subjective. The roots of the crisis affecting legal interpretation can be traced back to the Legal Realists critique of legal formalism (...), and a comprehensive exposition of multifaceted dimensions of this crisis can be found in writing of scholars associates with the Critical Legal Studies (CLS) movement.” ROSEN-

confrontar. E trata-se aqui não de um confronto qualquer, cujo núcleo poderia ser simbolizado no desserviço devastador da ausência absoluta de limites ou controles – da ausência total de uma *metodologia* –, mas, antes, um confronto que delimita também as possíveis respostas: um confronto, portanto, necessário também à construção dessas respostas hoje possíveis; desenha-se com isso um contexto que nos prime também, e de alguma forma, de critérios de escolha para os nossos caminhos futuros. O *diferendo* nos assegura, dessarte, e não obstante possa representar de imediato a crise do pensamento jurídico e por conseguinte da própria juridicidade, como já dissemos (esclareça-se que não se está aqui a apostar na mera incomensurabilidade, como salientado, mas num caminho viável e hoje necessário ao labor metodológico), algum critério à escolha da metodologia que, na atualidade, pode ou não fazer jus à ocorrência do direito.

Parece importante frisarmos, ainda que sob pena de soarmos repetitivos, que o *diferendo* não nos chega aqui de forma absolutamente violenta, como que a nos deixar às cegas ante o caminho que temos de percorrer, antes operacionaliza uma instância (e, assim, um *formato*) de autorreflexão que na atualidade como que arquiteta o pensamento jurídico. Ele é por nós convocado, fique claro, para que possamos pensar – e nisso *reinventar* – um enfrentamento metodológico da ocorrência jurídica: de sorte que, com isso, caminhamos mesmo à distância das mais coevas investidas da hermenêutica jurídica – a hermenêutica filosófica –, a qual parece ainda abandonada à ingenuidade daquele momento de autorreflexão. Não o convocamos, portanto, com o intuito singelo de fazermos eco à condição de pluralidade e diferença que marca hoje a ferro o devir da *societas* e do direito – e a isso também já chamamos atenção. Daí referirmos à tentativa de se encontrar aí, no *diferendo*, algum critério ou referencial à realização do direito, a uma sua possível realização metodológica... daí lembrarmos que a “crítica efetiva”, o discurso crítico que pode afinal ganhar em factibilidade, somente se opera se consciente da situação histórica da qual emerge.

Esse “*loth oh faith concerning the availability of objective criteria*” aponta, ademais, a um perigo que passa então a ser inerente ao *labor* dos assim chamados “*legal actors*”, qual seja a ameaça de se *perverter o cálculo teórico*: a tendência naturalizada de o jurista perder de vista os problemas que lhe concernem, isto é, os problemas jurídicos decidendos (*sub judice*), para se lançar em discussões de caráter mera-

FELD, Michel. *Just Interpretations. Law between Ethics and Politics*. University of California Press: London, 1998, p. 13.

mente teórico, ou embalada ao sabor de um estrito academicismo. O perigo de se esquecer, portanto, ou de se secundarizar (lançando a um segundo plano), a prática-alvo a que se destina, substituindo-a por outra, qual seja aquela que se limita a sustentar um testemunho em lugar ou em face do outro: ou seja, reduzir o discurso e todo o pensamento jurídico a um mero conflito de diferentes testemunhos acerca de uma juridicidade qualquer, já isenta mesmo de um problema próprio, o caso decidendo. Isso tudo a transformar e, pois, caracterizar o direito hoje ele mesmo como um problema, especificamente, um problema do pensamento jurídico³⁰³. Esse o risco de um fechamento sobre si mesmo das comunidades de vanguarda, da confidencialidade da reflexão acadêmica, o perigo mesmo de que, ao se enclausurar numa vertigem autorreferencial, essas pretensões de racionalizar a prática apenas enfrentem seus problemas concretos *indiretamente*, enquanto se desconstroem umas às outras essas discursividades. Como se, de fato, tratasse-se mesmo tão só de se optar por “não ouvir nem ser ouvido”, de não produzir qualquer *ruído* às suas exterioridades, nem tampouco se deixar ser atingido pelos ruídos e ranhuras que lhe cheguem de fora, da problemática real: abandonando-se afinal a possibilidade de trazer a nu um caminho que projete esse *pensar-labour* diretamente às práticas-alvo – numa correspondência com a *law in action* – que dão o sentido do *judicium* do direito³⁰⁴.

Embora não haja dúvida quanto ao fato de que o pensar jurídico – e, pois, a prática que o caracteriza – assuma a tarefa de procurar-prescrever exigências de senti-

³⁰³ Não é sem razão, portanto, que Castanheira Neves assim começa o seu último livro, destinado à atualidade da crise do pensamento jurídico: “Dúvidas profundas sobre o sentido do direito no nosso contexto histórico-social e cultural, com quebra do modelo tradicional e dominante da normatividade jurídica, e a provocarem forte perplexidade pela opção necessária entre perspectivas divergentes da juridicidade que se oferecem como actualmente possíveis – é esta uma situação que bem se reconhecerá num diagnóstico generalizável.” CASTANHEIRAS NEVES, A. *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia. Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 07.

³⁰⁴ Essa é a preocupação que leva Aroso a temer o risco do *esoterismo* e, assim, da impossibilidade de comunicação, bem como de uma impotência discursiva, em razão da assunção de um feitiço teórico de fazer teoria, ou seja, teoria jurídica que não pensa a prática. Tudo a engendrar aquilo a que DUNCAN KENNEDY confere a alcunha de um implacável *jogo de Penélope* (like a game of “Penelope”). Jogo esse a referir a perpetuidade discursiva a recriar, sempre novamente, a mesma pretensão de neutralidade do julgador (ou, muito simplesmente: *how judges can and should be neutral*). Assim se lê no original: “There is no extant theory that threatens to end the current ideological conflict about method by compelling a consensus about how judges can and should be neutral. Indeed, the current multiplicity of contradictory theories of neutrality seems a powerful, though of course not conclusive refutation of all of them. I am an admirer of their work of mutual critique. I endorse Dworkin and Fiss’s doubtless forthcoming critique of Altman, and Posner’s critique of Fiss (if there is one) and on around the circle. This is not musical chairs but more like a game of “Penelope”, in which each writer simultaneously weaves his own and unweaves other’s work.” Kennedy, Duncan. *A critique of adjudication: fin de siècle*, Cambridge Mass: Harvard University Press, 1998, p. 91.

do à sua ocorrência, e aqui se trata especificamente de um sentido de *validade jurígena*, ao seu labor, isso nem sempre é bem percebido pela teoria jurídica, mormente com sua reterritorialização normativa a partir das teorias da justiça. Faz-se forçoso hoje percebermos, e mesmo insistirmos nesse sentido, que não há direito se a ele não nos referirmos, como se fosse possível crê-lo a pairar sobre nossas vivências à espera de algum iluminado que o compreenda e afinal o realize. Em direito o que há é sua própria vivência jurídica: em verdade, o território do direito é instância que se pleiteia constantemente mobilizada pelo diferendo tão só porque é aí, nesse território muito específico, que se pode ainda conquistar um veio de normatividade. Uma miríade de discursos-práticas, cada qual com o seu projeto de juridicidade, de caráter metodológico ou não, intenta dele tomar conta, dando-lhe um *significado específico* e concreto, de modo a termos mesmo de dizer que o seu ocorrer é marcado a ferro por essa luta incessante acerca do *sentido jurídico*. O *significante* direito como que se perceberia isento de sentido, e assim sem qualquer normatividade jurídica e social, se não fosse essa luta, essa continuidade descontínua de *vozes* que a ele se dirige³⁰⁵. A especificidade do significado jurídico se aloca nessa plêiade de vozes, por vezes sequer escutadas, mas ainda assim a lhe dar algum sentido, que demandam e nisso fazem se realize o direito. Do contrário teríamos um direito no todo sem sentido, sem possibilidade portanto de nele encontrarmos a referência do *Justo*, este incessantemente refeito por aqueles que se colocam a realizar internamente a juridicidade por meio do jogo sem fim de “tentativa e erro” da construção histórica, o que se faz na assunção do âmbito de confronto daquelas *comunidades interpretativas*³⁰⁶. Fácil perceber a presença aí de tantas *experi-*

³⁰⁵ Daí a alguns teóricos do direito da atualidade encaminharem suas pesquisas no sentido de buscar compreender o que é um *cânone* no âmbito do direito, seja um cânone teórico seja prático. Essas vozes a que nos referimos demarcam o que se busca com os estudos jurídicos, além de resolver problemas, fazê-lo segundo algum projeto específico. “One reason for significant differences in canon formation among various socio-legal groups is that each group constitutes a different community with different interpretive assumptions, purposes, and practices. Thus, an increasing divergence in canon construction among these groups may be a symptom of an increasing division among interpretive communities and an increasing differentiation in purposes among academics, lawyers, and judges (in addition to the professional differentiation that has always existed between lawyers and citizens). Each interpretive community may have its own canon (or set of canons), and although these canons surely overlap, they may also diverge in particular respects.” BALKIN, J.M. and LEVINSON, Sanford. *The Canons of constitutional law*. HARVARD LAW REVIEW [Vol. 111:96], p. 980. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/55296719/00-00-01-98-00-00-Balkin-JM-and-Levinson-S-The-Canons-of-Constitutional-Law-Harvard-Law-Review-111-963-1998>.

³⁰⁶ “We argue that some of the most important forms of canonicity have less to do with the choice of materials than with the tools of understanding that people use to think about the law — the background structures of “law-talk” that shape conversations within and concerning the law. These elements of

ências coletivas quantas for possível referir, espécie de grupos que operam cada qual o seu sistema de valores e de sentidos, a comprometerem a dinâmica de continuidade de específicos *exercícios profissionais* – perceba-se, ademais, que é essa específica prática, o *labour* do jurista, que se vê atingida pelo diferendo, bem como pela ausência de referência metodológica³⁰⁷.

Tudo isso a nos colocar, minimamente, ante a *ameaças* e *desafios* certamente que inescapáveis na atualidade, e que demandam, portanto, sejam analisados. Disponibilizado o pensamento jurídico e assim a ocorrência do direito nessa formatação do diferendo, o que se percebe é uma crescente de *arenas* propulsoras de sua normatividade. O direito mesmo se coloca como problema, já não mais como instância a resolvê-los, mas ele próprio qual uma problemática fulcral que, se não requer, ao menos desembocha naquela variedade de traduções. Na ausência de um “centro de referência” (o dito *objeto*), e mesmo de alguma orientação mais densa, o direito como que é lançado a uma série de enfretamentos que, em verdade, se lhe chegam *de fora*. São arenas que orientam suas reflexões em esteiras das mais variadas, podendo se caminhar da política à filosofia sem a menor dificuldade, chegando-se ao âmbito da economia, da ciência e da ética – todos a nos surgirem como intentos de edificar não apenas novos “horizontes de sentido” (como o caso das hermenêuticas e das *teorias da justiça*), mas verdadeiras “alternativas ao direito”. Não uma sua apreensão ou compreensão em termos de especificidades e respectiva autonomia normativa, mas um operar que o aborda num sentido de flexibilizá-lo e arquitetá-lo numa *diluição da juridicidade* em terrenos que, a princípio, lhe são estranhos. Daí a dificuldade, se não impossibilidade, de tentar administrar o direito, a sua ocorrência sob um olhar de normatividade densa, como se não

“deep canonicity” include characteristic forms of legal argument, characteristic approaches to problems, underlying narrative structures, unconscious forms of categorization, and the use of canonical examples.” BALKIN, J.M. and LEVNSON, Sanford. *The Canons of constitutional law*. HARVARD LAW REVIEW [Vol. 111:96], p. 970.

³⁰⁷ “Seja como for, uma *pluralidade de linguagens* – melhor dizendo, de códigos *linguísticos* e *extralinguísticos* – que corresponde a uma multiplicação de <<situações institucionais>>, de projetos de realização, de materiais canônicos, de processos de textualização-retextualização, de regras de procedimento, de intenções de leitura, de destinatários e auditórios potenciais (se não de temas-problemas, de materiais-objecto, de canais expressivos)... e ao cruzamento inevitável destes, em todas as arenas da *práxis* – com expectativas e soluções de equilíbrio distintas, elas próprias *em conflito*.” E na nota de rodapé, a referir-se a essa característica de multiplicação discursiva que condiciona a *experiência dos juristas*, assim prossegue: “E que continuaria a condicionar-nos na sua insuperabilidade... ainda que admitíssemos que uma das vozes em diferendo na *academic house* conseguiu finalmente impor-se às outras (e preparar o terreno para um novo discurso dominante),” AROSO LINHARES, J. *Jurisprudencialismo: uma resposta possível em tempos de pluralidade e de diferença?*, Op.Cit., p. 14.

nos fosse capaz perceber a historicidade de sua realização. Assumir o diferendo é, desde logo, não admitir a redução da juridicidade a uma qualquer dessas pretensões, que, no mais das vezes, o que conseguem não é ultrapassar a instância de *cânones* no pensamento jurídico, como dissemos. O diferendo nos ensina tomar outro caminho, como veremos no capítulo seguinte. Ademais, essas assim chamadas *hetero-referências* não dinamizam apenas as *decisões periféricas*, de um legislador ou de uma vontade privada, atingindo em cheio também as decisões centrais dos juristas como um todo – tanto de tribunais quanto da *dogmática* (a condenar o assim chamado *Juristenrecht*) –, que passam a laborar com a assimilação crescente de pretensões e teleologias a princípio alienígenas e a cunharem de *objetividade* os mais variados arrojados regulatórios (a demarcar de fato o nosso tempo, no âmbito jurídico, com esse *ímpeto legiferante*)³⁰⁸ que hoje nos levam mesmo a esquecer o *Direito*, uma vez que, nessa esteira, mais vale pleitearmos uns tantos “direitos” em que aquele foi pulverizado.

De outro lado, não é possível esquecer e deixar de fazer referência aqui àqueles movimentos que, à parte por vezes da reflexão mobilizada no âmbito acadêmico, florescem das e se aperfeiçoam nas práticas de *movimentos sociais* e suas respectivas orientações-narrativas: tal é o caso das sustentações de gênero, de orientação sexual, de edificação de uma identidade ambiental, de raça, a militância religiosa, etc.³⁰⁹.

³⁰⁸ Esse o *pecado do excesso* a que se refere o idealizador do *jurisprudencialismo*: trata-se mesmo de uma situação que “(...) põe-nos perante o pecado do excesso, ou em que a compreensão de uma constitutiva referência de sentido se dilui, seja na multiplicação, seja na sobrevalorização das especializações; o outro permite-nos reconhecer como muitas vezes se resvala no que se dirá a inconsciência dos limites – justamente dos limites do direito, pela incompreensão do seu sentido e do seu problema. Considere-se (...) a visão fragmentária, se não a polarização unilateral, por ou em *direitos* com prejuízo de uma compreensão global e unitária de *o direito*. (...) é a expressão e o resultado do ímpeto regulatório relativamente a sectores cada vez mais diferenciados dos domínios social e económico. (...) Em cada um desses domínios a juridicidade respectiva acaba por assimilar a teleologia particular, e sobretudo de índole mais social e económica estritas do que especificamente jurídica, de cada um deles, na procura de sua realização eficiente.” CASTANHEIRA NEVES, A. *Uma reflexão filosófica sobre o direito – “o deserto está a crescer...” ou a recuperação da filosofia do direito?*, Digesta 3. Coimbra: Coimbra, 2008, p. 78.

³⁰⁹ Perceba-se que, nessa esteira, o direito vai assimilado em análises políticas, isto é, um direito como instrumento de domínio de um grupo social, ou de vários, cada qual com a sua pretensão de juridicidade. Pense-se na influência que a noção de elites hoje tem no teorizar jurídico, na profusão de enfoques que então se viabiliza. “Hoje, quando se fala em elites, pensa-se, normalmente, nos mais ricos. Mas as elites sociais não têm necessariamente uma caracterização económica: todos sabemos que há elites de vários tipos – culturais, artísticas, religiosas, mundanas (*jet set...*); e que, mesmo no seio das elites económicas, se podem distinguir vários sub-tipos – financeiros, industriais, comerciais, fundiários. As correntes que antes referimos tratam, genericamente, das relações do direito com as elites económicas, embora a *feminist jurisprudence* ou a *outsider jurisprudence* já se refiram a uma distinção entre poderosos e não poderosos que está longe de passar apenas pela riqueza.” HESPANHA, Manuel. *O caleidoscópio do direito*, p. 242. Hespánha dedica-se muito longamente, num capítulo todo (embora todo o livro trate dessa problemática, qual seja a relação turbulenta entre uma juridicidade dos juristas e a pretensão

Tampouco podem ser esquecidas aquelas orientações patrocinadas pelas *dinâmicas internas*, sempre contingentes, do próprio ocorrer do direito: tal é o caso da “hipertrofia normativa” decorrente da *constitucionalização* exacerbada da juridicidade – e, com isso, a tentativa *retórica* e política de reduzir todo o fenômeno jurídico a uma necessidade histórica e ao sabor da contingência: tal seria no mínimo ignorar o caráter sempre histórico de sua realização; seria deixar de lado a inferência de que qualquer normatividade que intente operar o direito, se por vezes o faz, o faz com a afirmação sempre mutante de alguma canonicidade, como também já o dissemos, canonicidade essa no entanto sempre sujeita à história. Esses movimentos não devem ser ignorados, antes o contrário. Caberá à teoria jurídica apreendê-los – principalmente aqueles que decorrem de movimentos sociais – e firmar-se, ao cabo, como “*teoria*” *metanormativa do direito*. Esses movimentos, que de fato dinamizam novas compreensões de normatividade, em oposição ao formalismo que percebem no direito-tradicional (superado no âmbito da *teoria-prática* do direito), nos faz lembrar que a normatividade jurídica (e sua pretensão de juridicidade) se nos dispõe não nos quadros e fronteiras estatais – de uma teoria normativa do direito –, mas como efetiva prática, vivência jurídica como intenção de uma realização alternativa *do* direito. Nessa esteira, não nos cabe deixar de pontuar os enfrentamentos também de teoria do direito, como que a colocar-nos diante da necessidade de identificarmos novas *fronteiras*, limites mesmo ao que é passível de se realizar no labor jurídico. Não no intuito de abirmos espécie de laboratório do jurídico, em que se o isolaria dos demais fenômenos de normatividade social, mas antes a fim de saber como se opera e como deve se realizar o diálogo entre essas fronteiras³¹⁰. As-

“universalizante” do direito-*Estado*), a demonstrar esse furor de possíveis análises do direito. Nesse sentido, conferir, principalmente, pp. 199/253. E, a responsabilizar o trabalho *sensacional*, no diferendo, de Aroso Linhares: “... basta-nos aqui e agora convocar os percursos exemplares (e exemplares também pelo espectro que os distingue) do *narrativismo comunitarista*, da *Law & Economics Scholarship* e dos *Crits* da <<terceira geração>> (incluindo a(s) *Feminist Jurisprudence(s)*, a *Critical Race Theory*, os *Lesbian, Gay and Transgender Legal Studies*... mas também a *Internal Network for labor Law*, a *Post-colonial Law Theory*, as *Third World Approaches of International Legal Studies*...)” *Ibidem*, p. 17.

³¹⁰ “Teremos decerto que um dia reconhecer que essa constitucionalização (substancial ou formal) de todos os demais ramos, essa verdadeira colonização constitucionalizante, não será mais que a continuação da política por outros meios. E, neste caso, a utilização do braço jurídico da política para impor a politização do Direito, sobretudo daquele que, mais sedimentado, mais tradicional, ou mais esquivo, pudesse furtar-se às inovações sempre ofegantes da motorização ou inflação legislativas ditadas pela política imediata.” Esclareçamos que, para Paulo Ferreira da Cunha, sobretudo nesse texto em comento, o que está em questão é a necessidade de desvelar aquilo que o jurista português opta por chamar de *ideologias no direito*. É nesse sentido que ele opera sua crítica, com a qual tendemos a concordar, sem negar, todavia, a importância prática que hoje essa dimensão política da juridicidade – no plano jurisdicional, portanto – efetivamente tem. Para Paulo Ferreira da Cunha, o direito constitucional, como

sim a necessidade de sabermos em que medida ocorre alguma referência à moral, à ética (às justiças) – *ao justo*, como veremos mais detidamente no capítulo seguinte – para que possamos operar tal instrumental de maneira mais honesta e coeva nas decisões jurídicas. Com efeito, se não é possível reduzir o direito à convocação contingente da política, pelo constitucionalismo que hoje se reconstrói, o mesmo deve-se dizer quanto a essas outras empreitadas que o referem constantemente.

De todo modo, como estamos a insistir, o problema que se nos coloca nesse *direito in diferendo* é o problema do abandono de um modelo vigente, o abandono do “método normativo” e, portanto, o problema de um “paradigma perdido” – ou, simplesmente, da ausência de uma linguagem-*centro*. E, como já o dissemos, isso tudo a nos conduzir ao perigo da perda de autonomia, ou, ao menos, da pretensão de uma autonomia, ante a explosão de possíveis modelos e de filtros de relevância (a dizer, muito a recalque, o que é e o que não é juridicamente relevante, o que pode e o que não deve o pensamento jurídico inferir, etc.) constantemente retroalimentados por aquelas arenas alienígenas a que nos referimos.

“Será inevitavelmente assim no entanto? Até que ponto com efeito (e com que *necessidade*) é que os passos desta avaliação se nos impõem? Não dependerá a sucessão que constroem ainda integralmente da compreensão da *autonomia* (do direito e do pensamento jurídico) que é assumida pelo formalismo normativista... uma compreensão que a avaliação em causa pretende rejeitar (cuja rejeição pelo menos diagnostica como irreversível)?”³¹¹

Esse afinal o diagnóstico de época que se impõe reconheçamos (e parece evidente que é o jurista quem o deve reconhecer) na assunção da condição estrutural do *diferendo* no direito hoje, e a se ter travessado em nossas considerações ante a pretensão – senão exigência – de um *pensar integrador*, cuja intenção se dispõe à *validade*

ramo do Direito mais dependente do *não-direito*, acaba por alimentar a vertigem da concepção positivista do direito. Assim se lê, à página 11 do mesmo livro: “Ora a Teoria Constitucional é precisamente um dos lugares do Direito em que a força sutil do positivismo jurídico frequentemente nos *obnubila* o olhar, enredando-nos num *mare magnum* de normativos e arestos positivos, o que nos deixa apenas ver a superficialidade do fenômeno em causa. Com efeito, o fenômeno constitucional é, de entre os jurídicos, daqueles que mais avessos se revelam a uma total aderência (ou confusão) ao *modus* jurídico, à sua factualidade normativa autopoiética. O fenômeno constitucional ainda se encontra (e sempre se encontrará, sob pena de passarmos a viver numa utopia totalitária de inimagináveis consequências) umbilicalmente vinculado ao reino sempre algo desgovernado (ou autorregulado, como deveria talvez hoje dizer-se) da política.” DA CUNHA, Paulo Ferreira. *Miragens do Direito*, p. 12.

³¹¹ *Ibidem*, p. 18

da ocorrência jurídica e que não permita romper aquele *continuum* que a caracteriza e que a expõe ela mesma à mencionada condição, a qual demarca afinal toda essa série de *descontinuidades* também inerente ao direito. E é aqui, ao fim, que se aloca a aposta *jurisprudencialista* – cuja discursividade ora se nos abre como horizonte e permite-nos experimentar o direito *in diferendo* – qual uma tentativa de operar certa integralidade do *significante*-direito, não obstante tal condição. Em verdade, tem-se aí um ambiente que se nos expõe invariavelmente disputado, e disputado por projetos de integração no todo diversos, senão mesmo inconciliáveis, e a ferir-nos (em nosso pensar) com um contexto prático no todo *hostil*. É, no entanto, a esse território *desterritorializado*, mas prenhe de hostilidade que se tem de voltar aquele que antevê a necessidade de uma reescrita da “teoria” do direito. E ao adentrá-lo não se trata de manter os olhos num mero encontro com a pluralidade e nada mais (com a fragmentação que aí se encontra), o que ademais não faz senão reafirmar o *paradoxo* que se está a reconhecer, tratando-se antes de assumir que o que se visita não é outra coisa senão um *falso paradoxo*, impondo-se escolher um caminho e reafirmar uma *solução-resposta* organizatória. Daí termos já assumido que a aposta no caminhar *jurisprudencialista* se nos surge como uma resposta possível *entre outras* tantas, também possíveis, mas quiçá a nós mais coeva³¹².

b) Rompe-se e, com isso, opera-se uma descontinuidade frente ao continuum do testemunho da pluralidade e da diferença.

Deixar o pensamento jurídico abandonado ao *continuum* de descontinuidades que marca o testemunho da pluralidade não nos prime de um momento crítico necessário à validação exigida pelo direito. Exige-se, de fato, opere-se um momento de ruptura com a intencionalidade resultante daquela imersão, uma vez que se trata aqui, no *la-*

³¹² “Uma solução organizatória também que, em nome do mesmo continuum com a celebração descritiva e prescritiva da pluralidade, nos obriga a tratar a exigência de unidade intencional assumida pela resposta *jurisprudencialista* e a sua compreensão (integrada) do projeto humano do direito – bem como o propósito de uma renovação recuperadora do sentido originário deste – como outras tantas manifestações de uma pretensão-*aspiração* de *inter-semioticidade*: uma pretensão que, em nome de uma intenção de unidade ou de coerência normativa, se descobre assim constitutivamente repetida... e isto enquanto e na medida em que se dirige (com expectativas diversas embora) a todas as práticas que o *significante* direito identifica (ou a todas que ela reconhecer enquanto tal).” *Ibidem*, p. 21.

bour jurídico, de pensar respostas e de combinar discursos que nos permitam escolher um caminho e, portanto, uma *normatividade* própria, não nos sendo lícito permanecer aprisionados, como que a exercitar nossa auto-compreensão de maneira infinita, àquela miríade de discursividades. Ao direito é no todo negada a opção pelo imobilismo – e a atualidade de sua fenomenologia, que o leva a ocorrer em assunções reflexivas no âmbito da jurisdicionalidade, mormente no âmbito da jurisdição constitucional, a inferir na instância de um seu princípio motor o princípio da proibição do *non liquet*, não nos deixa mentir³¹³. Daí essa emersão se fazer premente, sobretudo porque sempre haverá intenções funcionalizantes e estritamente instrumentais a se disporem agilmente no intento de controlar a juridicidade, de sorte que a eles mostra-se de fato interessante quedar-se o jurista na confusão daqueles discursos, como se sua estada no mundo hoje se reduzisse a identificar paradoxos.

É diante disso, ao fim e ao cabo, que se nos impõe cunhar de *falso* aquele *paradoxo* aparente em que se engendra se se permanece sob o enfoque a estrita pluralidade – devendo, parece-nos, o mesmo se dizer quanto às inferências epistemológicas das análises sistêmicas e, ou, meramente tecnológica do direito, que se alimentam da crença na existência de uma complexidade crescente, ao passo que aqui andamos, como já o dissemos, amparados, mas não sem riscos, na “certeza” de que o que lá fora nos espera não é uma complexificação constante do real a demandar enfoques também cada vez mais complexos (e abstratos), mas um verdadeiro *ocaso do conceito*. Sem dúvida que esse ocaso não expulsa a possibilidade de um teorizar e de uma “teoria” do direito, portanto. Não obstante a faça caminhar noutras veredas que não aquelas firmadas numa perspectiva tradicional de ciência jurídica: especificamente, a trabalhar no horizonte de um *novo pensar jurídico*; a termos mesmo de frisar que o ocaso do conceito não se confunde com um seu suicídio. É nesse ocaso que nos surge a possibilidade de uma

³¹³ Trata-se aqui daquilo que NICOLA PICARDI chama de “*la vocazione del nostro tempo per la giurisdizione*”, bem como o ponto de partida para a fenomenologia da experiência jurídica contemporânea que aí se empreende, identificando sua essencialidade, hoje, na função jurisdicional, no trabalho do juiz, portanto, e no *labour do jurista*: “De resto, mudou a própria relação entre juiz e lei, depois da institucionalização da Corte constitucional. Primeiramente, através da individualização e do reenvio à Corte das questões de constitucionalidade e, em seguida, também através do instrumento da interpretação de adequação (isto é, através da possibilidade de o juiz interpretar a lei de maneira conforme a constituição), o próprio juiz acaba por assumir uma postura crítica no confronto com a lei ordinária. Neste contexto o legislador deve resignar-se a considerar as próprias leis como “partes” do direito, não “todo” o direito. em outros termos, o “universo jurídico” acaba por concretizar-se na atividade argumentativa da classe dos juristas, em uma contínua integração de sujeitos que compartilham preparação e mentalidade similares.” PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 23.

reabilitação da filosofia, a ocorrer, mormente na atualidade digital, no espaço reservado à realização do direito: em suma, é somente no direito que a filosofia pode ainda hoje fazer sentido.

Diante disso e desde logo, impõe-se traçar algumas *fronteiras da juridicidade*, a fim de retirarmo-nos daquele falso paradoxo: e isso, como já o dissemos, não com o escopo de mantermo-na naquele *Isolierung* meramente autorreferencial, antes no intuito de percebermos os pontos de contato (os espaços em que ocorrem esse contato) com as demais instâncias de normatividade social, aí insertas as referências às quais já fizemos alusão, aquelas metanarrativas do direito que por certo merecem sua devida atenção. Trata-se de assumir com seriedade a relação de compossibilidade entre pretensões a princípio díspares, quais sejam de um lado a exigência de uma *unidade intencional* e de outro lado a infungibilidade do diferendo e, pois, da *pluralidade discursiva* que intenta trespassar a juridicidade. Para tanto, projeta-se a inferência teórica e com isso a introdução de um “filtro de relevância”, cuja função de agenciamento de *vozes* protagonistas leva a cabo, principalmente isto, uma redução dessas mesmas vozes: tal filtro como que nos viabilizaria um agenciamento reflexivo das vozes efetivamente relevantes à ocorrência do direito.

Esse intento – que por si só já traz às claras o fato de estarmos a experimentar uma *certa* concepção da *práxis* jurídica, qual seja aquela na qual estamos a *apostar* na identificação da imanência entre o pensamento jurídico e a prática que o refere – demanda do próprio direito e do pensamento que o realiza a aceitação daquelas fronteiras. Urge, diante de uma tal arquetônica, que se abstraia do *modus* como cada um dos diferentes discursos (em diferendo) assimilados, os quais se dirigem em disputa, cada qual com suas pretensões, ao direito e sua realização (ao território jurídico), a fim de não se deixar por eles diluído. É tarefa do pensamento jurídico, nesse sentido, não se deixar levar pela maré que o mundo prático em sua globalidade por vezes lhe dirige e, na atualidade, intentar abstrair das *diferenças* que aí pululam e se nos surgem como que inevitável de enfrentar³¹⁴. Aceitar que o horizonte do qual falamos e a partir do

³¹⁴ “Diferenças inevitáveis e imediatas... não só porque as referidas vozes pressupõem diferentes especificações deste horizonte global, mas também porque, como veremos, lhe atribuem um papel ou um contributo distintos: num espectro de possibilidades que poderá ir da assimilação pura e simples (no limite de uma transposição-projecção aproblematicamente unilateral do *mundo prático global* para o *mundo prático do direito*) até à construção de uma *conversação responsável*, na qual o referido horizonte seja tratado como o interlocutor indispensável de um diálogo possível (sendo o outro interlocutor precisamente aquele que assume as preocupações e a identidade institucionalmente específica do universo

qual será operado referido agenciamento se delimita na assunção da indissociabilidade entre práxis e discurso que a dinamiza é, com efeito, etapa infungível dessa aposta, no que vai implícita a mediação reflexiva com o mundo-referente e os sentidos culturais que aí se mobilizam a construir e ser constituído pela *práxis* que lhe ocorre³¹⁵. Daí, ademais, estarmos a falar de uma continuidade de descontinuidades como que inerente à ocorrência jurídica.

É aqui afinal que nos aparece o contraponto a que fizemos referência no início deste capítulo e que importa ora sublinhar, bem como esclarecer: trata-se daquele contraponto que resgata a oposição, ou simplesmente uma *polarização* entre *societas* e *communitas*. Dessarte, se o percurso no qual estamos a apostar, qual seja o de uma demarcação da inevitável e mesmo necessária diferenciação e respectiva autonomização normativa do pensamento jurídico (e da práxis que este infere) frente à pluralidade discursiva que se instaura socialmente (na *societas*) – referindo-se ao direito *um lugar*, senão mesmo uma sua verdadeira *função*, para a realização das suas intenções de validação do mundo prático – nos conduz ao encontro de um nosso *território comum*, a juridicidade, urge que neste momento se perceba a possibilidade de ele se manter como que *livre* das ameaças do *diferendo*. Com isso não se deve concluir, todavia, que o *diferendo* enquanto categoria e instrumental descritivo de um estado de coisas é afinal desnecessário ao pensamento jurídico, haja vista que, como já o dissemos, sua adequada apreensão parece imprescindível à proposta de uma metodologia coetânea. Ainda assim, identificar aquele “território comum” se faz de fato forçoso – isso deve ficar mais claro no capítulo subsequente –, mormente porque traz à luz a compreensão da

do direito). Importando antecipar que e nas oportunidades deste último pólo que se inscreve a resposta *jurisprudencialista*...” *Ibidem*, p. 21.

³¹⁵ “Tratando-se *por um lado* de iluminar uma *práxis* que, sendo nuclearmente *energia* – enquanto estabelece um parentesco constitutivo com as *coisas que mudam*, mas também enquanto se nos expõe indissociável das *ações* e dos *juízos* em que se consuma... –, só se nos revela *intencionalmente* (só se especifica como interação humanamente significativa) ao assumir-realizar esse mundo e ao experimentar-construir este como um contexto-correlato plausível – um contexto assim mesmo inevitavelmente limitado e aberto, disponível e indisponível (ou com diversos graus de *autodisponibilidade*). (...) Tratando-se *por outro lado* de insistir no desafio de um pensamento integral e auto-subsistente *problemático*... ou se quisermos na oportunidade (circunstancialmente única) de o levar a sério. Que desafio? O de um discurso que, é Que oportunidade? A de retomar o curso de autonomização da *práxis-prattein* aberto pela *secularização* aristotélica... ou mais rigorosamente, a de reconhecer que, se o ciclo moderno-iluminista interrompeu (mais ou menos drasticamente) o curso principal dessa autonomização, a possibilidade-urgência de o retomar (ou de engrossar alguns dos seus fluxos subterrâneos) cumpre-se hoje – tem vindo a cumprir-se desde a segunda metade do século XX! – como uma exigência única de desafiar-recusar o predomínio do *teorético* e de assim nos expor a um pensamento de <<imanência constitutiva>>. O que sem qualquer paradoxo significa superar a tradição galilaica... sem ter que voltar à tradição aristotélica (ou à <<teleologia virtualmente necessária>> que a sustenta).” *Ibidem*, p. 23

dinamização interna do direito a partir dos *litígios* que lhe ocorre atender. É nessa esteira, percebe-se, que se faz possível à experiência jurídica retirar-se do diferendo e, por conseguinte, operar uma normatividade que se diferencie daquelas em disputa na *societas*. Aqui, portanto, a possibilidade de uma reabilitação filosófica de um viés metodológico para a realização do direito, fazendo-o escapar da vertigem “autorreflexiva” das análises estritamente hermenêuticas da realidade sócio-jurídica, bem como das reduções analíticas ou simplesmente decisionistas da juridicidade. Tudo isso a nos impor operemos a passagem de uma visão externa e sociologizante desse ocorrer àquele olhar que lhe encara a partir de dentro, numa metodologia própria ao direito, nos limites da juridicidade ³¹⁶.

A identificação dessa *communitas jurídica* associa, com efeito, a compreensão da práxis que realiza, e avoca como uma sua *responsabilidade*, bem como os desafios de institucionalização que então se lhe impõem. Com isso se abre ao pensamento jurídico o campo de sua atuação, seja de estrita dogmática seja naquele amplo *labour* – cada vez mais central – de agenciamento de discursos e referências metanormativos ³¹⁷. Frise-se que os *litígios* – a disporem o direito como pensamento problemático – por certo têm aí centralidade inegável, e assumi-lo na atualidade é mesmo um ato de humildade do jurista. O direito afinal se nos mostra diferenciável das demais instâncias de

³¹⁶ A diferenciação a que se propõe Kelsen, qual seja aquela que se opera entre *natureza* e *cultura* (e a se referir sempre ao direito) e, assim, entre os princípios da *causalidade* e da *imputabilidade*, não é suficiente. Não se trata, portanto, aqui, de percebermos essa inferência kelseniana como determinante, não obstante a tenhamos mesmo de subsumir em nosso argumento. Isso porque a diferenciação a que estamos a fazer referência nos remete à comunidade prática e teórica que intenta apreender o direito: e a figura do *jurista* tem aí função inigualável. E, com isso, chama-se atenção, principalmente, ao papel central que aí opera a noção de *pensamento jurídico*, nas balizas que até estão sendo traçadas. Como já foi dito, essa inferência não é possibilitada pelo pensamento de Hans Kelsen, uma vez que separa, cada qual no seu *locus*, Direito e Ciência Jurídica.

³¹⁷ “Esse labor intelectual – denominado de “construção” ou “dogmática” – pode ser considerado como um discurso sobre o direito – logo, como um meta-discurso –, paralelo a outros, como o da análise do discurso jurídico, o da informática jurídica (em certo sentido), o da história do discurso jurídico, o da sociologia do discurso jurídico. Só que, no caso da dogmática, este meta-discurso reincorpora-se no próprio discurso, já que pode servir, de novo, de fundamento a soluções jurídicas. (...) Durante os dois últimos séculos, por influência dos ideais cientistas, a dogmática jurídica pretendeu um estatuto semelhante ao das ciências formais – ou seja, das ciências fundadas em axiomas, evidentes e capazes de, por via dedutiva, reduzirem novas proposições, também evidentes. Esta foi a posição característica da jurisprudência dos conceitos que, conseqüentemente, reclamava para si a designação, ainda hoje recorrente, de “ciência do direito”. Apesar de esta posição ter hoje perdido a sua credibilidade teórica, ela desenhou – e, até certo ponto, continua a desempenhar – um papel que não pode ser ignorado, na legitimação do discurso doutrinal dos juristas. Por isso é que – se quisermos atribuir um papel não mistificador à natureza epistemológica da dogmática jurídica, teremos que nos perguntarmos em que é que ela se distingue dos saberes “científicos”, desses que hoje gozam – pelo menos nos meios comuns, de um estatuto de rigor e de indisputabilidade.” HESPANHA, Manuel. *O caleidoscópio do direito*. Op.cit., pp. 610/611.

normatividade da *societas*, e assim também, certamente, da própria *societas* e sua ubíqua intencionalidade, não mais com a realização da mera decisão, caracterizada como momento irascível da política, mas na inauguração contínua e sempre renovada dos significados possíveis, o que se opera por meio da institucionalização dessa *communitas* frente aos desafios que para tanto se tem de enfrentar. O juízo reflexivo que então ganha passagem se insere na *societas* – formando o vínculo jurídico – quando resolve, sempre novamente, as problemáticas que são instadas à categoria de problemas jurídicos. O pensamento jurídico e sua atenção metodológica, sem ignorá-lo, retira-se do diferendo para formar aquilo que se concebe como normatividade jurídica.

Nessa espécie de retorno ao território jurídico, com as exigências de responsabilidade e mesmo de virtude que então se passa a deprecar ao jurista, ou daquele que eventualmente se volte a consumir o seu pensar com a resolução de problemas apreendidos à condição de jurídicos, e muito embora tenhamos frisado a necessidade da ruptura com o ocorrer e as descontinuidades que caracterizam a *societas* como um todo, não se pode ignorar o *fator pluralidade*. Fator esse que a esta altura da institucionalização da experiência jurídica já não se confunde com os discursos de interesses e programas ideológicos inferidos ainda na “práxis societal”, mas antes (ou, já) se nos chega a iluminar a irrepetibilidade capital dos acontecimentos-*casos jurídicos* e das traduções-soluções que aquela *communitas* a eles faz referir: de sorte a termos então de aceitar o famoso adágio segundo o qual, em direito, *cada caso é um caso!* A teoria do direito tem de admitir, todavia, que, se há casos-problemas que nos remetem a uma argumentação aberta e, assim, a um prolongamento *metadiscursivo* das referências ao direito, também há casos solucionados por uma dogmática mais dura e mesmo mais *manualesca*. O ponto de encontro facilmente perceptível, aqui, não se aloca, pois, somente no litígio, ou no problema-caso concreto, antes chama a atenção para a reflexividade dessa ocorrência, reflexividade essa que se percebe inserta em dinâmicas de permanente renovação e a expor a juridicidade às contingências de sua *práxis*.

Ignorar essas especificidades – que ao nos enfronhar no *regresso da comunidade* nos convoca, como tem salienta Aroso Linhares, a um *pensar em círculo* – seria manter-se ainda na pretensão de uma continuidade sem descontinuidades do ocorrer jurídico. O pensamento jurídico é instância que nos invita e nos provoca incessantemente a solução de problemas, mas não se abandona à decisão, porquanto persiste em seu la-

bour de atenção à história e à filosofia, de sorte que tanto o viés da esculturação jurídica num objeto qualquer (e este pode ser, também, o das reduções do direito às *justiças*) quanto o da sua diluição num *decisium* qualquer parecem caminhar sem a devida atenção à juridicidade. Se, como não podemos deixar de crer, é certo que a inevitabilidade da decisão judicial é uma característica do labour de formação do juízo jurídico, sobretudo na atualidade, nesse *hoje* em que a função jurisdicional se encontra no centro mesmo das discussões que tocam a problemática de uma democracia hodiernamente possível (aqui vindo à baila a tão debatida “tensão entre constitucionalismo e democracia”³¹⁸), não menos certo é que o *decisium* jurídico, ainda que no âmbito do *sub judice*, impõe, e o faz sempre, um *pensiero imanente*. Ao lado da decisão judicial permanecerá, como que inevitavelmente, o pensamento jurídico, esteja ele ou não propenso a resguardar sua autonomia normativa, isto é, ali estará ele ainda que o reduzam a um “não-fazer o direito”, como no caso do normativismo jurídico, mas a ocorrer também com as teorias da justiça: ainda que se atrofiem as potencialidades do pensamento jurídico, parece, com efeito, impossível concebermos uma sociedade em que se realize o direito, mas não haja pensamento jurídico.

Dessarte, com a identificação das especificidades do labor (instituinte) do pensamento jurídico voltamo-nos à ideia de *communitas* e assim salientamos, afinal, o binômio “sociedade / comunidade” como que a demarcar a convivência de projetos culturais e normativos por vezes díspares, de sorte que a cada qual um específico tipo de pensar se adere, também no todo diferenciados. Não que se não toquem: evidentemente, não se trata disso; antes o contrário, tais projetos tocam-se e propulsionam-se de forma incessante. É o que estamos a salientar desde o início deste tempo do direito – sua referência à *societas* –, ou seja, que, embora não possamos abrir mão desse binômio, as instâncias normativas que perpassam o “mundo prático” se referem umas às outras constantemente. Referem-se, todavia, a momentos e a tempos teóricos e práticos que, em verdade, assumem problemáticas distintas: não é possível crer, *ad exemplum*, que a dinâmica política infira em suas reflexões as mesmas problemáticas que o pensamento jurídico, em que pese certamente toquem-se em algum momento. E, se, de um

³¹⁸ Sobre essa temática, contribuem a uma sua elucidação: FORST, Rainer. *Contextos da Justiça: filosofia política par além de liberalismo e comunitarismo*. São Paulo: Boitempo, 2010. NEVES, Marcelo. *Entre hidra e Hércules. Princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. Brasília: UNB, 2010. NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

lado, o projeto da *societas* se orienta na tentativa de criação e recriação de narrativas operadas como que *ex nihilo* (e alocadas, por assim dizer, no plano do irascível e das necessidades humanas) e, assim, desvinculado de qualquer tradição ou instituição cultural – politicamente orientado a organizar uma resposta instituinte e hierarquizante dos interesses, fins e preferências que alcança seu ápice num processo-modelo de *decisão* – assim não se dá, indiferentemente, com o projeto de uma *communitas*. Esclareça-se o seguinte: a *communitas* nos aparece aqui como um resgate da institucionalização própria da autonomia do direito, aqui expressa na relação reflexiva e, por conseguinte, normativa entre o pensar jurídico e a formação do juízo decisório; de outro lado, quando se fala em *societas*, está-se a chamar atenção para a diferença política que aí se impõe. Embora categoricamente o irascível caracterize o devir próprio das decisões políticas, e não tanto a decisão judicativa que nos interessa mais de perto, com isso não se nega aquilo que o *Critical Legal Studies Movement* tem tratado pela alcunha de uma “irracionalidade básica no direito”, mormente porque sua apreensão demanda os enlaces que a história imprime. São essas diferenças que nos permitem inferir a não menor diferença entre esse *pensares*: de um lado, um pensamento que se volta à complexidade do ocorrer da *societas* e aos paradoxos que aí pululam (como veremos no capítulo que se segue, é o que atualmente têm feito as *teorias da justiça*), de outro, o pensamento jurídico e a especificidade problemática que o caracteriza, a decisão judicativa.

A identificação de um projeto da *communitas* deve então operar uma abertura, de resto bastante aguardada, às especificidades laborais de seus membros, bem como munir o teórico do direito de problemáticas no todo novas, senão verdadeiramente autênticas. De sorte a, com isso, demarcar-se o horizonte de nossa *experiência* no plano do pensamento jurídico e este a se nos impor com exigências também próprias – e a nós, diante de um tal horizonte, como que se impõe termos de nos perguntar quanto às nossas possibilidades, ou não, de uma sua *practical deliberation* –, mas, principalmente, a nos interpelar com a necessidade de um seu tratamento metodológico autônomo. De imediato, essa experiência nos conduz, na esteira de suas exigências, à consideração de um *pensamento de integração*, exigido hoje pelo diferendo e justificado pela assunção de responsabilidade e de compromissos práticos nos quais essa comunidade

acaba por se enredar ao exigir, ou ao menos aventar sua autonomia normativa ³¹⁹. E isso tudo na medida em que essa *communitas* que assume a realização do *judicium* jurídico alardeia como incontestável também a diferença entre *fins* e *valores* – como lembraremos no capítulo seguinte –, fazendo-o a fim de tomar conta do sentido específico deste último (no que toca o valor da juridicidade) ante aqueles fins, os quais com isso se veem como que lançados ao *devir irascível* da esfera política ³²⁰. Diferentemente do que se passa nessa esfera do político, voltada ademais à decisão que põe a *societas*, bem como à rede de decisões que a partir daí como que se dinamizam e assim também se autonomizam, a comunidade que pleiteia realizar o direito intenta sim limites e fronteiras de racionalidade ³²¹. Com isso, frise-se, não se nega a presença de certa irracionalidade na ocorrência jurídica, uma vez que também aqui temos como inevitável a instância de aparição de um *terceiro interventor*, no entanto, trata-se, também aí, de uma irracionalidade própria, que se dilui na tentativa, sempre sujeita à falha, de um olhar metodológico.

³¹⁹ “Caberá aqui aos juízes assim como ao pensamento jurídico, aos juristas em geral, relativamente ao direito e às justiça, uma responsabilidade e um esforço análogos, já em intenção de validade já em função crítica, àqueles que MANNHEIM aponta à <<intelligentsia>> relativamente à verdade – para todos é dever e tarefa o saberem vencer criticamente os obstáculos que lhe impeçam, ali o acesso à verdade, aqui a realização da justiça.” CASTANHEIRA NEVES, A. *Justiça e Direito*. In. *Digesta – escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia, e outros*. Volume 1º. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 286.

³²⁰ Na seguinte passagem fica clara a diferença que queremos salientar, a colocar-nos defronte às diferenças que um pensamento que se volta ao direito apenas secundariamente, como momento ou etapa de um pensamento mais amplo, voltado em verdade à fenomenologia da política. “Desde logo, e fundamentalmente, aos valores substituem-se os fins e aos fundamentos os efeitos. Se os valores referem uma transindividual vinculação ético-normativa que responsabiliza e que convoca a prática para o desempenho irrenunciável de “tarefas” (no sentido já antes aludido) em que se projecta essa sua vinculação ou compromisso, os fins desvinculados pelo “mecanismo” moderno da teleologia ontológica, são agora tão só opções decididas pela subjectividade que programa os seus objectivos (a “subjectividade dos fins” (...)), decerto sempre condicionados por um certo contexto mas em último termo justificados por interesses e em vista deles – comunga-se nos valores, diverge-se nos fins e nos interesses. Por seu lado, os fundamentos traduzem pressuposições de validade, teórica ou prática, que por uma mediação discursivo-argumentativa hão-de sustentar a conclidência material do juízo ou o sentido da acção, enquanto que os efeitos são resultados empiricamente comprováveis pelos quais se logra ou não a realização eficaz de fins/objectivos.” CASTANHEIRA NEVES, *Teoria do direito*, Op. Cit. pp. 85/86.

³²¹ Aqui se encontra verdadeira síntese das especificações a que se está a referir quando se fala em autonomia jurídica, e a *communitas* que aí se forma, ante o *societas* na atualidade: “Em síntese: na economia o objectivo são os meios (a utilidade dos meios), a sua racionalidade é *técnica* (instrumental) e manifesta-se num *fazer*; na política o objectivo são os *fins* (a finalidade programática), a sua racionalidade é *estratégica* e manifesta-se na *acção* como *decisão*; no direito (digamos, mais genericamente, no ético-jurídico) o objectivo são os valores (a validade de uma axiologia, a sua racionalidade é *normativa* e manifesta-se no *juízo*.” CASTANHEIRA NEVES, A. *A imagem do home no universo prático*. In. *Digesta – escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia, e outros*. Volume 1º. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 319.

Desde já, se na *societas* temos um pólo que de certa forma tem de abandonar-se de um vínculo à tradição, isto é, uma práxis que admite na decisão a possibilidade de futuro, e, portanto, de fundar normas (vínculo social) até então inéditas, significa termos de manter atrelada aquela *communitas* à noção crítica de “tradição”, uma *praxis-prattein* efetiva e se dar num plano concreto de modo autônomo – bem como, com isso, tratando-se de responsabilizar por tal ocorrência as virtudes intelectuais e as atividades institucionais que a assimilam. A intenção aqui não deixa de ser também a de liberar essas virtudes das clausuras que os *olhares macrológicos*, como aqueles que viabilizam a visão sistêmica e também as diversas teorias da justiça que crêem poder reduzir o direito a uma mera *ontologia* do “ato justo” (cada qual com a sua visão egoística de justiça) impõem. E, dessa forma, liberá-las para que trabalhem no âmbito dos discursos racionais (e irracionais) que elas próprias geram, e no diálogo crítico que operam quando se encaminham a resolver problemas mais complexos, cuja solução adequada de fato demanda que se vá à busca dos olhares ditos metadiscursivos.

O pensamento jurídico, o direito em sua ocorrência e, por conseguinte, o labour do jurista, se caracteriza como tal na formação do *juízo jurídico* – ele caminha na constância de uma referência problemática, que assume a infungibilidade de operar escolhas históricas, escolhas, portanto, prenhes de *sentido*. Como já dissemos, a inevitabilidade da decisão judicial leva consigo a inevitabilidade de uma imanência reflexiva, mormente no âmbito do direito moderno, de modo que a realização jurídica cria o seu vínculo normativo nessa relação. O eixo que ora nos compromete ante os ultimatoss de uma tal realização, levada esta a cabo no âmbito daquela comunidade-*promessa* (de autonomia), nos expõe a uma experiência *microscópica* na tentativa de apreender a juridicidade. Essa experiência determina, afinal, de que comunidade se está a falar. Da mesma forma, não deixa ela de nos dizer quanto ao perigo de certa dimensão fractal do sentido que se refere ao direito, correndo-se com isso o risco de perdermos o chão, com certa facilidade, ante aos intentos até aqui chamados de alienígenas, isto é, pensamentos que se propõe dominar o dizer do direito – e com isso eles como que o substituem, para, por meio de uma roupagem fictícia da juridicidade, acorrentar o *continuum* de sua realização prática.

c) Escapa-se igualmente dos problemas-perguntas sem fim que as “visões de mundo” encetam: a oportunidade de uma resposta diferente.

É diante dessa miríade de problemas-*perguntas* assentada por tantas visões de mundo quanto se possa conceber, e no intento mesmo de escaparmos da *reductio* de um plano de inteligibilidade global do *communitas* (a partir da *societas*) e de imprimirmos, nessa esteira, um caminho diferente ou uma tentativa de caminharmos no horizonte de um modelo e de uma possível, senão necessária resposta, que optamos por convocar e experimentar aqui a aposta – *il faut parier (...) et (...) cela n'esta pás volontaire, vous êtes embarqué!* – *jurisprudencialista*. Isso, porém, já deve ter restado no todo assentado. De qualquer maneira, impõe-se esclarecer que se cuida aí de um modelo que nos descobre a assumir a recuperação de um mundo existencialmente humano do direito, ou humano-jurídico, à procura de uma arquitetônica plausível à ocorrência de um *direito crítico*: e é crítico na medida em que nos demanda a assunção de um sentido materialmente vinculante, calcado na ordem da validade e do fundamento axiologicamente refletido. Com o que se desenha a possibilidade renovada de uma nova crítica jurídica, espécie de *análise neocrítica* da juridicidade: orientada à base de um pensamento jurídico que assume relevância no mundo hoje e não admite que se reduza o direito aos enlaces egoísticos que o metadiscurso da normatividade de modo global admite ³²². Um modelo, em suma, que intenta enfrentar os desafios, porque os faz seus, de uma autotranscendência prático-cultural enraizada no concreto da sociabilidade, não obstante decorrente dos problemas que essa engendra, uma vez que o seu intento metodológico – a ser problematicamente aperfeiçoado – deriva da atualidade e assim da historicidade de seu contexto cultural. Perceber que a metodologia jurídica não se reduz a uma metodologia de análise do objeto científico é caminho que nos permite inferir que, ainda quando se o negue, a metodologia, porquanto problemática, faz parte da própria ocorrência da juridicidade. Daí, ademais, a referência a uma específica dialética a marcar a emergência jurídica a partir da realidade-relação a que estamos a chamar atenção, qual seja aquela entre *societas* e *communitas*: uma dialética que, como adiantado, não se permite subsumir no formato de uma relação de vassalagem, aí, ademais, a possibilidade de um *direito crítico*.

³²² Conferir, nesse sentido: AROSO LINHARES, J. *Introdução ao Direito*. Texto disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/72541514/0-AO-DIREITO-Sumarios-Desenvolvidos-2008-2009>

Com isso, aceitamos um caminho que oportuniza encontrarmos respostas-*soluções* a esses desafios, bem como procurar ensaiar uma resposta diferente tanto das propostas ontológico-existenciais e éticas (e, assim, das inferências estritamente políticas) como de quaisquer interpretações narrativas. Como já dissemos, com isso não se está a buscar o frenesi de uma qualquer *Isolierung*: certamente que o judicium do direito não se realiza de maneira mais coetânea num ambiente claustrofóbico, sendo necessário ao pensamento jurídico renovar seus ares reflexivos e ter contato com o grande bloco da normatividade social. Cuida-se mesmo de uma oportunidade, senão já uma *exigência* de seguirmos naquele enfoque que viabiliza uma perspectiva *interna*, o que é dizer que estamos a interpelar a partir do direito o mundo prático-comunitário e aí a inevitabilidade de uma tensão constante entre continuidades e descontinuidade, isto é, entre a estabilização dogmática e a pujança da realização transformadora, de fato implacável ³²³. Impõe-se porém que ao experimentarmos essa via, verdadeira *continuidade* prescritiva à descritividade da “teoria” do direito, submetamo-nos a uma provação reflexiva radical. Desde já, tem-se aí efetivamente uma continuidade (entre descrição e prescrição teórica), uma vez que essa experiência que toma caminho sob a epígrafe específica de um pensar a juridicidade (o *jurisprudencialismo*) não abre mão, antes o contrário, ela lança mão dos aportes advindos de uma descrição anterior, de sorte que ao aplacar a realização jurídica com respostas próprias está a prosseguir na linha que o momento descritivo lhe permitiu aí assimilar. Assim, intenta-se preservar a *identidade* jurídica nessa tal continuidade. Da referida “provação reflexiva”, no entanto, nós é que não podemos abrir mão.

Dessarte, tal provação nos direciona a perquirir quanto à possibilidade, senão exigência, como já o dissemos, nesse quadro reflexivo de responsabilizarmos o direito por sua ocorrência, direito esse o qual é então assumido enquanto sentido e enquanto pensamento-prática, mas também enquanto experiência diferenciadora e ordem material, na esteira daquela referência da *communitas*. E, assim, encontra-se um direito co-

³²³ “Sendo certo que não se trata assim de esquecer as condições de representação-determinação impostas pelo contexto global – e pela *nova* compreensão da *práxis* que este constrói –, como não se trata de propor especificações que neutralizem aqueles desafios (e a autorreflexão que os ilumina) – especificações que em nome de uma celebração (apologética) da autonomia-*Isolierung* do jurídico pudessem ocultar-superar os problemas correspondentes. Porque se trata antes de convocar <<o *originarium* constitutivo do problema do direito>>... para experimentar a continuidade (e se quisermos, a plausibilidade *contextual*) da procura que lhe corresponde.” AROSO LINHARES, J. *Jurisprudencialismo: uma resposta possível em tempo(s) de pluralidade e diferença?*, Op.cit., p. 47.

mo eixo-*interlocutor* cogente em nossa atualidade normativa, ante as crises que pululam e que em verdade não são senão momentos de uma “grande crise civilizacional”, de construção e re-construção de uma opção cultural – a europeia ocidental – que já não parece capaz de nos premir com horizontes novos aptos a uma re-fundação da sociabilidade³²⁴. Isso ademais a ferir (quase de morte) o território jurídico que então se percebe desterritorializado – para dizer como *Deleuze*. De sorte a termos de assumir, nesse intento de provação, sem equívocos que nesse contexto geral de crise persiste certa fragilidade prático-cultural no próprio processo de tematização-tradução que distingue o labor do jurista – também ele hoje em certo descrédito – ante a premência de novas soluções ao problema-controvérsia que o demanda. Essa fragilidade vai percebida nas atualmente crescentes perspectivas de *alternativas ao direito*, esse o problema que atualmente nos toca e nos fere em nossa especificidade e, mais seriamente, ameaça não só a autonomia do direito, como também – e esse o maior perigo, parece – sua percepção, isto é, a percepção que isso seja mesmo um problema³²⁵.

Desde logo, em face do problema que assim se nos ilumina, qual seja o de ainda hoje intentarmos assentar a autonomia e o sentido do direito na atualidade, importa acentuar uma insistência, a insistência numa certa compreensão dessa autonomia a se nos oferecer certamente que não como um *acultural way of understanding*³²⁶. Tam-

³²⁴ “Modernity is characterized by the loss of the horizon; by a loss of roots; by the hubris that denies human limits and denies our dependence on history or God, which places unlimited confidence in the powers of frail human reason; by a trivializing self-indulgence which has no stomach for the heroic dimension of life, and so on. The overwhelming weight of interpretation in our culture, positive and negative, tends to the acultural.” Quanto à crise que se assola, recorrente sim de escolhas civilizacionais e, portanto, referentes a valores, conferir: TAYLOR, Charles. *Two Theories of Modernity*. Disponível em: http://www.4shared.com/get/JGjUhKEa/Charles_Taylor_-_Two_Theories_.html

³²⁵ Daí o Castanheira Neves assim começar o seu belíssimo *O direito hoje e que com sentido?*: “Ninguém pensará que me atrevo a um excesso de originalidade se disser que o direito se nos revela hoje fortemente problemático. E no sentido exactamente de que se tornou um *problema* – e problema radical. É que não suscita já só a interrogação pela determinação e a fundamentação do seu ser direito, i. é tanto a interrogação ontológica (<ontológica>) no sentido tradicional ou de intenção verdadeiramente só ôntica, e a traduzir-se em diversos ontologismos) como a interrogação pelo seu fundamento normativo. Pois seja embora esse já um perguntar que ao direito em si se dirige, e por isso se pretende fundamental, não deixa ele de pressupor subsistente (subsistente num qualquer seu essencial sentido) o direito interrogado e que apenas se haveria de ontologicamente e fundamentalmente compreender. Ora é esta tranquilidade de pressuposição (pressuposição de ser e de sentido, ainda que porventura por esclarecer esses mesmos ser e sentido) que não pode ser a nossa hoje. A problematicidade actual do direito vai ao ponto de atingir inclusivamente a sua subsistência, o qua tale do direito, ao pôr justamente em causa não só o seu verdadeiro sentido, mas a possibilidade de seu sentido.” CASTANHEIRA NEVES, A. *O direito hoje e com que sentido? O problema actual da autonomia do direito*. Coimbra: Instituto Piaget, 2002, p. 09/10.

³²⁶ No sentido que lhe dá Charles Taylor, no texto citado na nota anterior, ao demarcar o contraponto entre uma *acultural way of understanding the rise of modernity* e uma *cultural way*. “Acultural theories tend to describe the transition in terms of a loss of traditional beliefs and allegiances. This may

pouco se trata, nesse intento, de inferirmos uma concepção que se absolutize ante as demais teceduras normativas (no grande bloco da normatividade social) que se propõem opostas a uma tal percepção de autonomia. Antes o contrário, de modo a assimilarmos essa pretensão como uma nossa preocupação central no que toca as pesquisas e condução que tomamos no interior e nas relações-realidades que a fenomenologia própria do direito prepara. Uma preocupação, portanto, que – naquele sentido de um *cultural way of understanding* – perfilha de uma autonomia jurídica cuja dinâmica, embora nos acorra no plano do real-sensível qual uma *prática*-procura cultural e civilizacionalmente comprometida, interpela-nos como *sentido* no todo diferenciável e como experiência continuada de sua própria realização. E nesse *continuum* devemos identificar, não podemos deixar de fazê-lo, um discurso *culturalmente* específico com algumas fronteiras infungíveis, embora comprometido nos termos referidos: é esse comprometimento civilizacional que permite ao direito em seu exercício prático-teórico demarcar o contraponto *humano / inumano* como um seu critério essencial³²⁷. É quan-

be seen as coming about as a result of institutional changes : for example, mobility and urbanization erode the beliefs and reference points of static rural society. Or the loss may be supposed to arise from the increasing operation of modern scientific reason. The change may be positively valued - or it may be judged a disaster by those for whom the traditional reference points were valuable and scientific reason too narrow. But all these theories concur in describing the process: old views and loyalties are eroded. Old horizons are washed away, in Nietzsche's image. The sea of faith recedes, following Arnold. This stanza from his « Dover Beach » captures this perspective: *The Sea of Faith / Was once, too, at the full, and round earth's shore / Lay like the folds of a bright girdle furled. / But now I only hear Its melancholy, long, withdrawing roar, / Retreating, to the breath / Of the night-wind, down the vast edges drear / And naked shingles of the world.*” TAYLOR, Charles. *Two Theories of Modernity*. Op. Cit.. Para esclarecer essa visão, ou esse enfoque bifronte de leitura da modernidade e da crise civilizacional pela qual passamos na atualidade, a seguinte passagem, desse mesmo texto de Taylor, é esclarecedora: “There seem to be at large in our culture two ways of understanding the rise of modernity. They are in effect two different « takes » on what makes our contemporary society different from its forebears. In one take, we can look on the difference between present-day society and, say, that of medieval Europe as analogous to the difference between medieval Europe and China or India. In other words, we can think of the difference as one between civilizations, each with their own culture. Or alternatively, we can see the change from earlier centuries to today as involving something like « development », as the demise of a “traditional” society and the rise of the « modern ». And in this perspective, which seems to be the dominant one, things look rather different. I want to call the first kind of understanding a *cultural* one, and the second *acultural*.”

³²⁷ “Sem esquecer que as emergências destas três autonomias (<<filosóficas>>, prático-jurisprudencial e cultural) correspondem a três momentos inconfundíveis da aventura civilizacional da resposta direito (de um direito que se descobre sucessivamente como sentido e como especulação filosófica, como prática jurisprudencial e como domínio cultural universitariamente reconstituído e comunicado) – numa conjugação-construção que o discurso medieval (ao assegurar a terceira das autonomias e ao assimilar-reinventar as outras duas) pôde traduzir na relação *sapientia / scientia / prudentia*.” AROSO LINHARES, J. *Jurisprudencialismo: uma resposta possível em tempo(s) de pluralidade e diferença?*, p. 49. Sobre essa problemática, tanto da dimensão civilizacional do direito como da sua autonomia hoje, na esteira daquela *communitas* a que estamos nos referindo, e, assim, salientando o papel do jurista na aparição e emergência dessa autonomia (o jurista como alguém que se difere do filósofo ou que tem uma questão filosófica e uma filosofia própria, exatamente porque se pergunta pelo o direito), é central a

do colocamos nossas interrogações voltadas de frente à experiência jurídica que podemos afinal encontrar quais são as problemática (de fato relevante) que nos cabe reescrever: são as problemáticas que a judicativo-decisória realização do direito, volvida que está a decidir *sub judice* controvérsias práticas, nos oferece que importam ser traduzidas nas reflexões jurídicas.

Quanto a essa experiência, ademais vivenciada como verdadeiro privilégio daqueles que adentram o “círculo não fechado” da *communitas* em questão, e o fazem na medida em que admitem a necessidade de se referenciarem normativamente a determinados *problemas* assumidos como seus, ela nos expõe a uma clareira ou arena prática e reflexiva que aventa como inevitável o tratamento da relação *direito / poder*. E é nessa dimensão institucional que impõe ao jurista atualmente operar uma reescrita em seu labor, demandando-se ao mesmo tempo uma autorreflexão e um intento metodológico, premência hoje exemplarmente mencionada nos mais *arranjos e modelos*

leitura do seguinte trabalho: CASTANHEIRAS NEVES, A. *O problema da universalidade do direito – ou o direito hoje, na diferença e no encontro humano-dialogante das culturas*, In. Digesta 3º, do qual destacamos a seguinte passagem, da página 113: “O direito manifesta-se, pela primeira vez, nestes termos como uma entidade prático-cultural muito própria que se subtrai ao normativismo ético-político grego enquanto uma muito distinta prática sócio-prudencial-judicativa – o seu domínio não o filosófico-especulativo e antes o sócio-jurisprudencial. E em que manifestamente vai *in nuce* a problemática específica do direito no contexto global da experiência humana – numa dialéctica entre autonomia e responsabilidade – e se constitui um sentido que traduz intencionalmente a passagem do problema filosófico da liberdade trans-determinada ao problema prático da liberdade autonomamente assumida e responsabilizada no contexto social. Assim emerge um sentido civilizacionalmente novo que começa constitutivamente a caracterizar, como uma sua dimensão específica, também a civilização.” Ver também, porque verdadeiramente esclarecer quanto ao projeto que está aqui em questão: “*O direito como dimensão da nossa prática: o problema do seu <<sentido civilizacional>>*”, In. *Introdução ao Direito. Sumários desenvolvidos*, disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/72541514/0-AO-DIREITO-Sumarios-Desenvolvidos-2008-2009>, da qual importa transcrevermos a seguinte parte: “A insuficiência *normativa* de uma analítica que reduzisse o direito aos traços identificadores de uma ordem *objectivada*. A exigência de compreender que o projecto autónomo do direito (na sua referência normativa a *valores*) se constrói assumindo o modo-de-ser de uma *vigência* – uma vigência que invoca uma *validade* comunitária (e a adesão prático-cultural que esta exige)... na mesma medida em que exige um discurso de *fundamentação* (uma vigência que *enquanto tal* é irredutível a uma pura eficácia ou ao núcleo *gerador* de uma autoridade-*potestas*)... A exigência de compreender que esse *projecto* de demarcação humano / inumano se cumpre na prática histórica como um *continuum constituendo* (com uma dimensão de realização-experimentação que é indissociável da própria validade e dos sentidos comunitários que a distinguem) [como se a novidade dos problemas-casos, inscrita em contextos de realização sempre distintos, nos impusesse uma reinvenção permanente de tal validade e do projecto que a assume... sem no entanto pôr em causa a *continuidade* do projecto (e a possibilidade de a conhecermos)]. (...) *sentidos* que só poderemos compreender se (e na medida em que) reconhecemos uma (não menos específica) *intenção à validade* e a experiência de integração que esta assegura e que é diferente das (embora não indiferente às) outras experiências de integração (que constituem outras dimensões de nossa prática) [Como se tratasse afinal de descobrir-construir um *commune* diferente daqueles *communia* que outros eixos de articulação-composição de identidade colectiva nos proporcionam (um *commune* diferente daqueles *communia* que os sistemas político e económico mas também as experiências éticas e religiosas, estéticas e filosóficas nos oferecem)...].”

que se tem elaborado acerca da *jurisdição*³²⁸. A continuidade a que estamos a chamar atenção desde o início deve também aqui ser sublinhada: ela se estabelece como intencionalidade constante, não obstante o diferendo, que vincula esses momentos de autor-reflexão (que pode ser chamado de *momento descritivo* da tradução-reescrita do direito) e de intento metodológico (então concebido qual um seu *momento normativo*). Com isso, lança-se luz à tensão que articula o labor do jurista na atualidade: ele se percebe como que entregue à polarização decorrente do movimento-embate incessante entre *liberdade* e *autoridade* – como chama atenção Giovanni Orrù³²⁹. Nesse espaço concebido microscopicamente pelos olhares jurisprudencialistas – que são, esclareça-se, aqueles olhares que ao procurarem o que delimita a experiência jurídica encontram-na inscrita senão mesmo incrustada no *continuum* do labor do próprio jurista, não sendo nem um objeto do qual este lance mão nem a decisão em que se incorre e termos de

³²⁸ “Ora, pensar o sentido da jurisdição é pensar a sua relação ao direito (*juris-dictio*): um diferente sentido do direito implicará correlativamente um diferente sentido da jurisdição chamada a realizá-lo. Pelo que é fundamental ter presente a impossibilidade de compreendermos hoje o direito pela perspectiva exclusiva de um estrito legalismo. Não que o legalismo esteja de todo abandonado e não se mantenha como uma referência comum e um modo da juridicidade ainda concorrente ou alternativo, como veremos, mas são também já muitos os fenômenos jurídicos da sua superação e com directa repercussão nas tarefas da função jurisdicional. Se dermos uma projeção global a esses fenômenos na revisão crítica do sentido actualmente pensável do direito, não será exagerada esta conclusão, que tantos fazem sua: “o positivismo jurídico está definitivamente morto, devemos dar substância a uma razão jurídica alargada.” CASTANHEIRA NEVES, A. *Entre o <<legislador>>, a <<sociedade>> e o <<juízo>> ou entre o <<sistema>>, <<função>> e <<problema>> - modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito*. Op.Cit., p. 164.

³²⁹ ORRÙ, Giovanni. *Richterrecht: Il problema della libertà e autorità giudiziali nella dottrina tedesca contemporanea*. Milano: Giuffrè Editore. 1998. O trabalho de Giovanni centra-se nas problemáticas insertas nesse movimento atual do direito a caminho de sua institucionalização no âmbito jurisprudencial. Com isso, o momento descritivo de seu trabalho identifica tal movimento como inevitável, já tendo mesmo ocorrido, como se o direito sempre estivesse alocado nessa instância, não obstante os intentos legalistas e positivistas. Assume-se, de fato, o direito como uma experiência em realização, não standardizável em normas abstratas, mas antes como uma experiência que somente a assunção crítica de que o juízo ou o julgamento, no tratamento prudencial dos casos concretos, tem centralidade, pode assegurar. Lê-se, às páginas 11 e 12: “La creatività insopprimibile della funzione interpretativa, all’interno del quadro generale tracciato dalla legge e nei limiti compatibili con il vincolo all’ordinamento giuridico, è largamente acquisita al pensiero giuridico contemporaneo. Nei settori più avvertiti della scienza giuridica si è raggiunta una convergenza pressoché unanime nel riconoscere che l’atto giudiziale, in quanto intervento decisivo sulla norma, in quanto fase della stessa vita della norma, è sempre creativo, nel senso che <<non manca mai, neppure in regime legalista, di elaborare, *proceducere in melius*, inventare il diritto>>. E questo perché, a causa della congenita incompletezza, equivocità e antinomicità degli enunciati legislativi, qualunque corpus iuris, per quanto perfezionato possa essere, non è in grado di eliminare quei margini di libertà inventiva, di scelta personale e di creatività dell’interprete indispensabili per realizzare la sintesi dinamica tra l’astrattezza della legge e la concretezza della situazione storica da qualificare giuridicamente. Nell’atto interpretativo e applicativo del diritto, il giudice, dovendo continuamente e necessariamente, consciamente o inconsciamente, manifestamente o cripticamente, attingere a fonti diverse da quelle ufficiali e situate al margine dello *ius conditum*, stabilisce sempre un rapporto tra *lex scripta* e *ius non scriptum*, e solo in quel momento nasce la norma indivisa atta a governare veramente l’azione.”

descontinuidade, mas o *próprio labor* em sua incessante e diária reinvenção – aparece-nos a possibilidade da assim chamada “civilização de direito”³³⁰. Trata-se de uma insistência crítica à concepção de sentido da convivência social, e assim a dar uma *ratio* e uma *validade* (sob um olhar específico) aos encontros e desencontros que aí se desenrolam: vale lembrarmos que, nesse sentido, o direito não se aloca propriamente na chamada “norma de sociabilidade”, emergindo em verdade quando da sua ruptura, de modo a se expressar por meio mesmo dos problemas-*casos* jurídicos concretos que então são engendrados. Ao optarmos por uma tal empreitada – nada fácil, diga-se de passagem – estamos a colocar em evidência a liberdade-*autonomia* da ocorrência jurídica, sem que com isso se abandone o tecido normativo dos sentidos civilizacionais aludidos. O que deve ficar claro é que assim se está a inferir a premência, mormente na atualidade, de um plano de *validade* – uma “validade jurídica” operada como crítica normativa e reflexiva – contra, portanto, as buscas de meros *fins* ou a visão estritamente neutral do olhar técnico-científico e monocultural (a apostas na resposta científica como a mais apta *visão de mundo*) ou, pior, desenhada a partir daquele *acultural way of understanding*.

Dessarte, uma vez reconhecida a especificidade que caracteriza essa assunção de responsabilidade inerente à atividade do jurista – ante o *projeto-Direito*, mas também frente ao “mundo prático” em que ele há sempre de ocorrer –, impõe-se tentar alinhar os termos dessa aposta, que é, enfatize-se, a aposta que se põe coetânea à “experiência jurisprudencialista” da juridicidade. O escopo final, como de certa forma já adiantado, permanece sendo a reconstituição crítica e reflexiva, a convocar permanentemente o pensamento que dinamiza a ocorrência jurídica (o *pensamento jurídico*), do mundo humano do direito. Já sabemos que ao nos voltarmos, na atualidade, ao territó-

³³⁰ Fique claro que assumirmos essa posição demarca uma série de problemáticas que se mantêm como que subterrâneas àquela da compreensão da juridicidade, a começar pela necessidade de lembrarmos-nos, sempre, que um projeto que aposte no direito, e numa *civilização de direito*, não se descola no todo de um emaranhado reflexivo e institucional que nos domina sob a epígrafe de uma aposta européia. Essa questão, no entanto, pode e deve ser desenrolada de forma crítica. Fato é que o direito que hoje nos é possível – e, sim, num sentido já *crítico* – vivenciar, a assim chamada *vivência jurídica*, é de caris europeu. Isso todavia não parece ir de encontro à certeza de que, hoje, esse projeto europeu está falido, de que o ocaso mesmo do conceito a que estamos a nos referir é um seu reflexo e mesmo testemunho. De sorte que, aqui, ao apostarmos na civilização de direito, ao apostarmos no direito como uma resposta possível às crises da atualidade, caminha-se no plano de uma reflexividade radical, não num território físico (e fixo) ou num tempo determinado. A aposta hoje possível na juridicidade como locus do qual se fala em valores – e aqui a condição ética de referência à pessoa é central – não está portanto vinculada, necessariamente, a um qualquer projeto europeu, não obstante seja especificamente ocidental, naquele enfoque de um *cultural way of understanding*.

rio prático dessa ocorrência o que encontramos é uma espécie de “território desterritorializado”, isto é, ausente de um “modelo normativo” que se possa dizer prevalente. A aposta a que estamos a referir crê que sua reconstrução (ou reterritorialização) passa por um olhar cuja fundamentação se opera em termos axiológicos, assumindo esse mesmo olhar um feitio como que normativo, de sorte tratar-se de um re-fundar o direito nele mesmo: a ênfase recai, portanto, no caráter prático-normativo da intencionalidade *judicativa* de um pensamento que, ao voltar-se ao seu problema, dispõe-se num *modus metodológico*. Este último sendo talvez o ponto mais relevante, uma vez que demarca o iudicium do pensamento jurídico como *decisão-judicativa* e, por conseguinte, resultado de um enfoque-*labor* de *intento metodológico*. Sem podermos deixar de acentuar, com tudo isso, a existência de tantas outras respostas possíveis, como já o dissemos, viabilizadas ademais por essa mesma dimensão concreta a que chamamos mundo prático do direito – lançado no diferendo –, as quais, porém, não parecem admitir o homem (homem-*Pessoa*) como um seu critério essencial, antes focando suas atenções na *societas*. Mas também internamente, a pulularem *respostas* diversas, bastando-nos a esta altura lembrar da aposta “não metodológica” da hermenêutica filosófica e do empenho estrutural de uma teoria analítica que esquece que o direito se nos apresenta sempre em movimento – como *law in action*³³¹ – para intentar um olhar tão só semântico, nada pragmático, do jurídico³³².

Seguindo na esteira reflexiva que neste trabalho optamos por experimentar, a resposta aqui cogitada, cuja orientação alcança norte na intenção daquela *reescrita* da “teoria” do direito – como nos ensina Aroso Linhares –, lança mão de alguns eixos

³³¹ Em sentido contrário a esses olhares que contemplam a continuidade do direito como algo estanque, descando, salientando antes a instância “jurista” em sua ocorrência: ESSER, Josef. *Gundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts. Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre*. Tübingen, 1956, p. 18: “Das Recht nicht als ruhendes Kontinuum betrachtet, sondern von Richterberuf her als jeweils in statu nascendi befindlich, so, wie es “wirkt” (“law as it works”, auch genannt: “law in action”).”

³³² E diante de tais intentos, lembra-nos mais uma vez Giovanni Orrù, e aqui como que a nos dar razão na escolha de nossa experiência: “Il diritto vigente non è contenuto nella legge, ma è sempre il risultato di un processo evolutivo di concretizzazione, al quale la giurisprudenza partecipa in maniera decisiva; perciò il giudice – che il legislatore lo riconosca o no – è chiamato non solo ad applicare la legge, ma anche a perfezionarla: si tratta sempre di un’attività necessariamente libera e inventiva (*rechtschöpferische Tätigkeit*). La legge da sola non può mai bastare, e <<solo un giudice responsabile, capace cioè di intervenire con proprie fondate valutazioni, è ingrado di assicurare alle parti il diritto che esse veramente cercano>>. Il carattere consapevolmente creativo-valutativo (e dunque produttivo di diritto nuovo) dell’interpretazione giudiziale va perciò riconosciuto in ogni caso, perché l’applicazione del diritto è l’attualizzazione di una norma in riferimento ad un caso concreto (...)” ORRÙ, Giovanni. *Rechterrecht*, Op. Cit., p. 13.

centrais (como chaves de leitura) que merecem ser considerados. De pronto, impõe-se ter em conta a necessidade de nos concentrarmos no “processo de institucionalização” que *internamente* é assumido pelo mundo prático e normativo do direito: não nos sendo possível deixar de lembrar que essa espécie de “internalidade instituinte” do mundo jurídico se dá numa dimensão reflexiva. Especificamente, trata-se de voltarmos nossas atenções à “inter-relação constitutiva” que se configura com a ininterrupta aparição de *oportunidades* e de *pretensões* de reconstrução do direito a partir dos “sentidos comunitários” que tecem (ou intentam tecer) as problemáticas então assumidas, vinculando-as à exigência que as projeta numa possível determinação normativa e que, assim, tenciona dar *conteúdo* à validade da prática em questão: essa afinal a dificuldade de fazer relacionar de maneira coetânea as oportunidades-pretensões e a necessidade de um projeto de validação da prática decisória. Em suma, tem-se aí um “ultimato institucional” no sentido de se manter adequadamente relacionados – como que em continuidade – diferentes pólos, quais sejam o de uma assim chamada *validade trans-subjetiva* de um lado e o da *controvérsia*-litígio de outro. Perceba-se que a dificuldade que se coloca ao pensamento jurídico é imensa, não obstante a própria prática jurisdicional nos indique essa premência: enfronhar em concreto o compromisso axiológico que a validade jurídica assume e o irreduzível *novum* que a segunda empenha, e isso como dimensões ou pólos da própria *racionalidade* jurídica, esta postulada, ademais, pela realização decisório-judicativa do direito³³³. Não se deve perder de vista, porém, que com isso não se trata tão só de chamar atenção para a necessidade de reconhecermos essas *duas* dimensões, de um lado uma dimensão *axiológica* e de outro uma *problemática*. Essas duas facetas nos lançam, em verdade, a termos de associá-las ainda a outras duas referências: a primeira, a caminhar no sentido de estabilizar aquele primeiro pólo (em razão do diferendo a dimensão axiológica demanda uma validade trans-subjetiva) numa mediação *dogmática*; a segunda, a responder tal estabilização com uma mediação *judicativa*, ou especificamente *praxística*.

Frise-se, entretentes, que há aqui *quatro* dimensões a conferirem à experiência jurídica uma inteligibilidade inconfundível e assim fazendo-a diferenciável na *societas* face os demais fenômenos de normatividade social. Da inevitabilidade hoje de

³³³ CASTANHEIRA NEVES, A. *A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido*. In: *Digesta 2. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. Coimbra: Coimbra, 19995, pp. 134 e seguintes.

nossa condição de *diferendo* – estamos mesmo lançados no *diferendo* – acontece-nos uma especificação decisiva no âmbito jurídico que é o surgimento do *litígio*-caso que nos assenta a necessidade de resolver um problema concreto. Aí a imposição histórica de uma validade que opere de forma trans-subjetiva, isto é, que intente dar conta em sua metodologia da variedade de oportunidades e pretensões de realização do direito, todas em disputa. Acontece que como estamos já fora do *diferendo*, em razão do surgimento do litígio algum sentido material deverá prevalecer. Com as devidas mediações, caminha-se de um terreno cujo sentido se encontra em disputa – “*todo território desterritorializado é sempre rapidamente reterritorializado*” (Deleuze) – para o território do problema-caso concreto. É aqui que surge aquela segunda dimensão, qual seja a dimensão problemática do direito. À parte esses dois pólos, e a par deles, percebemos suas estabilizações. O *diferendo* como que se serra numa dogmática (numa série de dogmáticas), esta já como instância reflexiva que tem seus olhos sulcados na mediação do litígio, ganhando uma “roupagem de praxista”. Pontualmente, as quatro dimensões são as seguintes: o *diferendo* (exigência de uma validade trans-subjetiva); a *controvérsia*-caso; a estabilização reflexiva daquela miríade de perspectivas numa dogmática; e, por fim, a mediação desta última na ocorrência judicativa (judicativamente praxista) do direito.

A possibilidade de internamente apreendermos a ocorrência do direito e do pensamento problemático que o caracteriza como fenômeno reflexivo, bem como a oportunidade de com isso percebermos – tal qual intentamos arranjar – o *modus* específico de inter-relação que a partir daí se firma e se espraia, a ponto atingir todo o devir da *societas* e dos projetos civilizacionais que aí se encetam, confere-nos um campo bastante específico de trabalho, com sulcos e rastros que diferenciam o *labour jurídico* de qualquer outro projeto ou empreendimento normativo. É, portanto, o fato de optarmos por um olhar interno à sua fenomenologia que nos permite cogitar um enfoque que o diferencie da política e da filosofia política no plano da *juris*-prudência, resguardando um campo de reflexividade específica – o pensamento jurídico – para o tratamento de suas problemáticas. Não podemos deixar de frisar que o projeto que então se elabora com a experiência jurisprudencialista da juridicidade não ocorre de modo, diríamos, contrafático. É mesmo um momento descritivo de apreensão da ocorrência jurídica que nos permite seguir em tal sentido: como já dissemos, essa apreensão nos indi-

ca que, em direito, tanto uma decisão quanto a um pensamento jurídico são inevitáveis. Dessa constatação parte-se para uma aposta-proposta – de modo que do descritivo passa-se ao prescritivo – que não ignora essa singularidade jurídica, antes a quer ver reforçada, daí o “intento metodológico” ser assumido como co-natural à experiência jurídica: ele decorre, em última instância, da própria dialética entre *sistema / problema*, cuja dinâmica se vê propriamente viabilizada por um pensamento-prática integralmente problemático.

Saliente-se que não se está aqui, na medida em que admite um momento descritivo da ocorrência em questão, a argumentar no plano de uma perspectiva ou visão de mundo *cognitivista*³³⁴. Há diferenças essenciais entre a proposta-construção normativista da juridicidade, calcada numa “teoria normativa” do direito, e a pretensão e respectiva reescrita admitida como viável e quiçá necessária na atualidade, cujo intento teórico é *metanormativo*. A delimitação da juridicidade no espaço da experiência jurisprudencialista não destaca socialmente a decisão jurídica a partir de uma normatividade-de-objeto, antes percebe que tal inferência, também ela, é dependente de uma “diferenciação reflexiva”, esta a se operar no *pensamento jurídico*. Embora a “teoria normativa” seja estrutural, não se deve negar sua intenção funcional, de modo que a decisão tem aí sua prevalência existencial, não obstante sua interrogação dirija-se ao fenômeno jurídico num feitio cognitivista. No que toca a experiência jurisprudencialista da juridicidade, é por sobre a jurisdição e suas problemáticas que recaem as perplexidades de seu pensamento jurídico. A questão que então se coloca central, haja vista a dinâmica que se opera na convergência normativa de *procuras instituintes* sempre novas e sempre no plural que esse pensamento-prática (estruturado num diferendo) incessantemente

³³⁴ Já a chamar atenção para o fato de que a questão central dos pensamentos jurisprudencialistas (não cognitivistas) se coloca hoje na *jurisdição*, a recair especialmente nos problemas que essa personagem institucional gera, Castanheira Neves aponta ao relevo do refletir sobre a *intenção de realização* que ela deverá assumir. Com efeito, o ponto de partida é a jurisdição. Ao confrontar-se com o problema da *jurisdição*, tentando identificar tanto as “situações institucionais” que constituem o seu *modus operandi* (ou, o *modus operandi* de seu discurso) quanto os projetos ou exigências de sentido que aclaram aquela intenção (*intenção de realização*), o pensamento jurídico deste nosso tempo deixa-nos de fato diante de uma diversidade de representações e de experiências possíveis (nesse mesmo locus) no todo sem precedentes. Sobre o não cognitivismo e do respectivo ocaso do conceito: “Não será correcto dizer (como é frequente) ... os diversos <<conceitos de direito>. Falar de conceito implica, com efeito, partir de uma compreensão epistemológica cognitivista (que nos autorize a perguntar <<o que é o direito?>> e a pressupô-lo como um <<realidade>>-objecto auto-subsistente), condicionando assim (implícita ou explicitamente) todo o desenvolvimento possível (...)” AROSO LINHARES, J. *Introdução ao pensamento jurídico contemporâneo*. Sumários desenvolvidos. Disponível em: <https://woc.uc.pt/fduc/getFile.do?tipo=2&id=6576>.

te desvela e reinventa, diz respeito com o *sentido material* que afinal terá o condão de abater a ocorrência jurídica (e, portanto, a prática *jurisdicional*)³³⁵. Como já dissemos, é nessa medida, ao se voltar ao sentido material que historicamente toma conta do direito, que a experiência jurídica deixa de ser percebida sob um olhar estritamente cognitivista. O juízo jurídico se forma nessa circularidade, isto é, no “ir e vir” – no concreto em abstrato – que caracteriza essa que talvez seja mesmo como que uma “profissão de fé”, o labor do jurista, de sorte que se coloca em cena como protagonista o próprio *decisium-judicativo*: uma reflexão circular que referencia e reinventa a práxis a que se destina. Daí a experiência jurisprudencialista enfatizar, quando se refere à dialética acima mencionada, num sistema *estratificado* no todo aberto e reticular não com uma instância objetiva – como se suporia o sistema do normativismo cognitivista –, mas como efetiva *dogmática* compromissada com seu tempo.

Porquanto de tal modo compromissada, isto é, inscrito o direito no tempo de um modo *reflexivo*, é de uma assunção que se postula como *intenção* de realização e que incessantemente se renova do que se está a articular. Nesse sentido, fala-se um sistema que faz jus de fato a outra epígrafe e que a alcunha de “dogmática” parece bem representar: uma dogmática que se reconstrói e se recupera em concreto diante das problemáticas que a convocam, de sorte que também esse “compromisso teórico” que a motiva possa também se atualizar. É essa dogmática que permite o enlace, sempre provisório, de um direito que se nos apresenta em verdade em constante realização. A *intenção* dessa procura descobre a sua condição de possibilidade, e assim também e ao mesmo tempo a sua experiência fundadora, num específico círculo (uma circularidade) e numa respectiva dialética, qual seja aquela que opera na relação entre *valores* e *princípios*: como compromissos práticos da *communitas* jurídica, os primeiros, e como princípios normativos-fundamentos, os segundos. Trata-se aí de uma *dialética* que se inscreve na própria experiência de especificação-realização dos primeiros (dos “valores” que se firmam infungíveis), bem como dos projetos que então são aventados como a eles correspondentes, de um lado, e que nos impõe reconhecer que a emergência (o

³³⁵ Não é sem razão, dessarte, que assim começa Aroso Linhares um de seus trabalhos: “Com o objetivo de discutir as possibilidades de uma *certa* <<teoria>> do direito (que possa expor-se-nos como um <<testemunho>> específico da <<circunstância>> do pensamento jurídico do nosso tempo), este ensaio explora diferentes concepções de jurisdição (como *intenção de realização* e como *discurso*).” AROSO LINHARES, J. *A representação metanormativa do(s) discurso(s) do juiz: o <<testemunho>> crítico de um <<diferendo>>?* Op.Cit., p. 101.

florescimento) dos segundos (dos “princípios normativos”) nos lança para um insuperável “momento fronteiro”, de outro. Não a se nos abandonar aí, caso em que seria suficiente que reconhecêssemos a conexão-*tensão* característica da convivência de distintas “experiências de comunidade”, mas antes e especialmente a impor que nos confrontemos com um *processo incessante* de “constituição-objetivação-realização” da normatividade jurídica – como ensina Aroso Linhares.

Assim, se se reconhece aquela tensão entre “experiências de comunidade”, que podem ser tanto *geral* como especificamente *jurídicas*, é necessário assumir além disso que se desenrola aí um confronto muito específico. Quanto a esse processo incessante de referência ao direito, cuida-se de um movimento reflexivo que experimenta as objetivações normativas dos princípios (como “princípios normativos”) ao mesmo tempo em que as coloca sob o crivo crítico de “reivindicações axiológicas” daquelas experiências – a exigirem, portanto, contínua adequação prática³³⁶. Mas que, também (*et pour cause!*), não deixa de experimentar uma outra dimensão, qual seja a dimensão (ou vocação) de uma dogmática que de certa forma desonera, na medida em que estabiliza, a abertura problemática às reivindicações axiologias – e problemática, repita-se, porque histórica –, impedindo-se que o direito se perca na dimensão estritamente problemática. Essa dogmática como que absorve o processo histórico de valoração e reavaliação da experiência jurídica, assumindo-o como um seu primeiro estrato normativo, de cujo desenrolar decorre algum *normans* laboral. De modo a se desenhar com mais clareza a dinâmica que demarca como dialético o espaço de ocorrência do direito: dia-

³³⁶ Nesse sentido, Cfr.: BRONZE, Fernando. *Lições de Introdução ao direito*. Coimbra: Coimbra, 2006, pp. 611/612: “Mas – sabemos-lo – o direito não é menos problema. Basta recordar a fenomenologia da sua metodológica realização judicativa (e o carácter constitutivo que apresenta) para nos darmos conta da dimensão problemática da normatividade jurídica. Com efeito, o direito não se esgota na prescrição de informações (critérios) para a acção; ajuíza igualmente, em termos valoradores, do mérito da própria acção. Ou, recorrendo a um símile esclarecedor: o direito não é apenas um... semáforo, que manda parar ao vermelho e avançar ao verde, pois confronta-se também com as questões de determinar comprovadamente a luz que estava acesa em caso de acidente, e de ajuizar, em termos prático-normativamente adequados, da mencionada ocorrência – o que significa que o aporético ao nível da informação se torna problemático quando irrompe uma controvérsia, e que esta última não é juridicamente indiferente e implica uma normativamente constitutiva mediação judicativa. O ideal do normativismo seria que o direito fosse simples critério de acção, mas o carácter normativamente constituinte da metodologia jurídica, polarizada no juízo decisório, mostra ser aquela mais uma das falácias do positivismo legalista.” É muito importante frisar a diferença central entre a análise do direito como *decisão* e aquela que desenha nestas páginas, qual seja a de um direito como *juízo* (o juízo como um seu modelo metódico), bem como a exigência daí decorrente de se reverter a *voluntas* (decisória) em *ratio* (normativa): de modo a termos a decisão jurídica de realização do direito como *decisão judicativa*.

lética entre um *problema* e uma *dogmática* (reflexiva) – o “sistema jurídico” – respectiva³³⁷.

E se assim se dá no *eixo* que norteia um *olhar interno*, ou seja, naquele processo de institucionalização interna das inevitáveis tomadas-*formações* de decisão-judicativa (a ocorrência jurídica como formação de um *juízo*), um outro *eixo* não menos importante, mormente na atualidade (no pulular constante de diversas *communitas* como contraponto à *societas*), impõe-nos considerar a sua *relação externa*, isto é, a relação que o direito mantém com a exterioridade e os interlocutores que aí nos surgem. Perceber a premência dessa relação externa é o que nos permite dizer, enfim, que não trabalhamos num clima de “cegueira ao social”, como se ignorássemos os perigos que atualmente o direito corre: trata-se de relação que, ao nos disponibilizar toda uma série de interlocutores e opositores (em suas *communitas*), deixa-nos agenciar tais discursos interiorizando-os também em nosso discurso, mas não menos nos expõe a sermos também nós por esses discursos agenciados. Com efeito, a escolha de um olhar não-cognitivista não deixa acreditarmos que somos *nós* (como “subjetividade fundadora”) quem colocamos e criamos como que *ex nihilo* o mundo e a política que lá fora ocorre. E, admitindo uma *dialética constitutiva* no caminhar do direito, que não é mais do que assumirmos a continuidade entre dogmática e problema, certo é que tanto o campo jurídico força normativamente essas comunidades (e suas visões de mundo) que com ele interagem, como também elas o condicional em seu *devoir*. Reage-se, com isso, à uni-

³³⁷ “Com os princípios a beneficiarem de uma presunção de validade e a vincularem-nos enquanto validade, as normas a beneficiarem de uma presunção de autoridade e a vincularem-nos enquanto autoridade (político-constitucional), o direito da jurisprudência judicial a beneficiar de uma presunção de justeza e a vincular-nos a uma realização justa (prática-concretamente adequada) a è casuística que a objectiva, o direito da jurisprudência doutrinal enfim a beneficiar de uma presunção de racionalidade e a vincular-nos prático-culturalmente nos limites discursivos da sua conclusão ou fundamentação críticas... (...) Acentuação que nos autoriza a responder directamente ao contraponto *dogmático / crítico* (a encontrar na experiência do direito um caminho plenamente institucionalizado para enfrentar este problema)... mas também a assumir um sentido amplo de *vinculação* – irreduzível ao *modus* prescritivo-autoritário (político-constitucionalmente institucionalizado) que habitualmente (mas nem por isso menos aproblematicamente) se postula.” AROSO LINHARES, J. *Jurisprudencialismo*, Op.Cit., p. 54. No mesmo sentido, e com a conclusão de Fernando BRONZE: “(...) supomos poder afirmar-se que a apontada especificidade do desenvolvimento do sistema jurídico encontra a sua matriz na conhecida reconstituição analógica do próprio discurso prático – em que, dissemo-lo repetidas vezes, os novos planos que vão sendo discernidos não se acamam justapostamente antes interagem dialecticamente. E daí que – é esta a nossa conclusão – o corpus iuris se não apresenta, estaticamente, como uma estrutura de estratos discretos e como que geologicamente sobrepostos, mas, dinamicamente, como um conjunto heptapolarizado, constituindo por mediação da tensão que entretece os pólos oportunamente considerados, e que se define, relativamente a cada controvérsia decidenda, pelo concreto nível de possibilidade de realização das recíprocas correspondências que entre eles se estabelecem, tudo o que concorre para desvelar a sua medular analogicidade.” BRONZE, Fernando. *Lições de Introdução ao Direito*, Op.Cit., p. 681.

dimensionalidade de um discurso estritamente instrumental e finalístico (tanto do direito quanto das demais comunidades-interlocutoras), bem como às *calculations forms of reason* que lhe dão suporte, de sorte que a autorreflexividade crítica do jurista se mostra aqui mais importante do que a estrita consideração de eventuais resultados³³⁸. Fato é que uma densificação metodológica da ocorrência jurídica, reescrita a partir da afirmação de uma específica *communitas* e a pressupor, aqui, aquele inevitável diferendo, não pode ignorar e antes pressupõe o assim chamado *regresso da comunidade*.

Intenta-se com isso que a autorreflexividade jurídica se componha a partir do agenciamento – sem esquecer que também o direito por elas é constantemente agenciado – das intenções normativas das comunidades que têm pretensão de realizá-lo, isto é, que incorporam em suas práticas cotidianas o referencial que se constrói a partir do *significante*-direito. Certamente que não apenas no intuito de firmar e reafirmar as crescentes afinidades eletivas que aí ocorrem, tampouco para informar a nós mesmo quais sejam as nossas, o que nos lançaria novamente às referências da retórica narrativa, da ontologia hermenêutica ou da ética da alteridade (acima traçadas). Importa percebermos aí – como nos ensina Aroso Linhares – certa *reinvenção do teleologismo*, todavia uma reinvenção que tanto nos permita caminhar como que a certa distância crítica (espécie de “distanciamento reflexivo”) face às pretensões globais cujo intento seja meramente instrumental e funcionalista, o que não nos faz lembrar a herança por certo subterrânea da já tradicional *Wertungsjurisprudenz*: com o resultado ou à base, para tanto, da distinção radical e agora irreduzível entre *fins* e *valores*³³⁹. Demarcando-se,

³³⁸ WHITE, Boyd. *From Expectation to Experience. Essays on Law and Legal Education*. Michigan, p. 17: “The practice of law is not the application of doctrine learned in law school to the facts of a client’s case, for in one’s work the doctrine must be learned – and that means rethought, reconstructed – over and over again, from many points of view. What you really learn in law school is not law in the sense of repeatable propositions, but how to learn law – that is, how to do it and how to make it. In an important sense “the law” one studies is thus the law that is actually made in the classroom, made out of the materials of case and statute, as the class thinks and talks about particular questions. A good law school is a school of lawmaking. This means that the proper focus of attention is not on what the student is learning to repeat or to describe but what she is learning to see and to do; on the doctrine as language of the law not abstracted from experience, but embedded in it, as the object and medium of thought, expression, and intellectual action.” Este livro pode ser encontrado e lido online; disponível em: http://books.google.com/books?id=aTyEyS6a9zwC&printsec=frontcover&hl=ptBR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false.

³³⁹ Como ensina Castanheira Neves, porque se faz necessário escapar aos extremos do dogmatismo e do instrumentalismo: “A linha de orientação exacta só pode ser, pois, aquela em que as exigências e de sistema e de pressupostos fundamentos dogmáticos não se fechem numa auto-suficiência, a implicar também a auto-subsistência de uma hermenêutica unicamente explicitante, e antes se abram a uma intencionalidade materialmente normativa que, na sua concreta e judicativo-decisória realização, se oriente decerto por aquelas mediações dogmáticas, mas que ao mesmo tempo as problematize e as re-

assim, um limiar entre o fenômeno político e o fenômeno jurídico na própria prática *iuris-prudência* ³⁴⁰. É nesse contexto que se tem de falar na assunção de um desafio de “análise microscópica”, a fim de que se leve a sério aquele olhar que se volta, como que internamente, ao *caso-problema* concreto então responsabilizado pela criação da norma que o realiza. Não há se falar em vínculo jurídico, por conseguinte, antes da aparição do problema concreto, uma vez que a *voluntas* previamente manifestada (como instância-autoridade normativa dada *a priori*) não expressa sem mais o *judicium* do pensamento jurídico. Essa dimensão – a dimensão normativa do direito / o vínculo propriamente jurídico –, em suma, a *lei* não surge senão *a posteriori*, no trabalho de resolução do problema-caso ³⁴¹. É, portanto, da confrontação de duas perspectivas, mas na premência analítico-dogmática daquele que se coloca como um momento reflexivo (que afinal possibilita se dê o direito em realização prática), quais sejam a da *ratio legis* e a da *ratio juris*, aquela a ser interrogada em sua *função* de reconstituição da *societas* e operada na base de uma justificação política e estratégia de sua teleologia (em seu *argument of policy*), e que a *ratio juris* convoca a ser problematizada: a teleologia

constitua pela sua experimentação concretizadora. Nem é outro o sentido da interpretação enquanto problema normativo (...).” CASTANHEIRA NEVES, A. *Metodologia Jurídica*. Op.Cit., p. 123.

³⁴⁰ “Tratando-se depois de mobilizar este mesmo *teleologismo* (de valores e de fins) para enfrentar *recto itinere* o contraponto com a *societas* (entenda-se o contraponto da *communitas* intencionada com a *societas*-artefacto)... mas então também para propor uma especificação-institucionalização metodologicamente construída: uma especificação que possa convocar como contexto imediato a denúncia (se não *desconstrução*) de um certo paradoxo - um dos paradoxos que a crise do paradigma moderno-iluminista nos permite reconhecer (o da procura da *autonomia* do jurídico no parâmetro dos quadros constitutivos do Estado) – para a projectar no problema da realização do direito *com a mediação da norma*... e mais especificamente ainda no problema da experimentação da norma legal. Como se se tratasse de assumir o desafio da realização da comunidade (ou da construção de um sentido comunitário) sem renunciar (sem poder e sem dever renunciar) à relação dialéctica com a *societas*: antes reflectindo sobre o *modus operandi* dessa compossibilidade ou dessa dialéctica.” AROSO LINHARES, J. *Jurisprudencialismo*, Op.cit., p. 56.

³⁴¹ “De tal modo que a prescrição legislativa nos apareça a respeitar os limites de validade impostos pelos princípios normativos (dirigindo-se-nos como uma objectivação possível, entre outras objectivações possíveis, das intenções destes princípios). O que não é senão exigir que a <<decisão dogmática>> que constitui a norma se mostre <<assimilável (ainda que só *a posteriori*) por um juízo-judicium>> singular e concreto (capaz de tratar-solucionar o problema-caso), juízo decisório no qual <<a prescrição>> convocada como critério <<revele uma racionalidade de fundamentação normativa (a racionalidade que a intenção de validade implica)>>. (...) Uma reconstituição racional esta última que se situa certamente para além do que habitualmente se espera do elemento *teleológico*... Não se trata com efeito de reconstruir a finalidade prática da norma legal; trata-se também de estar em condições de reconstituir o *programa final* explícito ou implícito (na sua maior ou menos intenção transformadora, na sua maior ou menor vinculação político-ideológica) que a prescrição em causa estabelece ou que partilha com outras prescrições (programa às vezes oculto sob a máscara do programa condicional!). Como se, numa palavra, se tratasse de reconhecer a lei na imanência de uma racionalidade instrumental-estratégica... para experimentar a sua adequação e a sua eficiência ou *realizabilidade maximizadora* (ou a antecipação em abstracto que estes problemas permitem)...” AROSO LINHARES, J. *Jurisprudencialismo*, Op.Cit., p. 57.

da *ratio legis* é então confrontada com a coerência normativa dos princípios assumidos pela *ratio juris*, bem como com os respectivos *arguments of principle*. Perceba-se que estamos, com efeito, no âmbito de um modelo metodológico que se dinamiza autonomamente, não havendo uma vinculação estrita ou uma redução hermenêutica do pensamento jurídico a uma normatividade prévia. É, ademais, nesse ponto que se nos surge clara a distinção, central para à experiência jurisprudencialista, entre *decisão* e *juízo*: de sorte que o nosso decisium, a chamar a campo uma *ratio* como expressão de um *ius-dicere*, é, desde a origem, *judicativo* ³⁴².

Da convergência e consequente articulação desses dois processos-*eixos*, bem como das respostas que cada um à sua ocorrência constrói, permite-se-nos um passo à frente, no sentido de retornarmos ao desafio da *pluralidade* e da *diferença*, já de início por nós assumido. Isso, no entanto, não apenas nos limites que se assimilam a partir de um olhar apenas legiferante, ou seja, não se trata de demarcar a emergência daquela miríade de vozes na mera prescrição-*lex*. O escopo é compreendermos o *modus* pelo qual o mundo ao qual nos referimos (o mundo em que ocorre o direito hoje, a *societas* o diferendo discursivo e normativo em que ela se prepara ainda como instância pré-litigiosa) é referenciado e construído pelas práticas judicativamente relevantes (já na dimensão do litígio), estas a institucionalizarem a relação constitutiva em questão. Mas também se trata de considerar, e muito seriamente na atualidade do fenómeno jurídico, o *modus* como aquele mundo, no diferendo em que se encontra, pode e deve apostar nessa tensão: *communitas* / *societas*; *unidade* / *pluralidade*. Trata-se, em verdade, de perquirir “o como” da institucionalização que viabiliza essa tensão, uma vez que se pretende apostar na resposta do direito como caminho, ainda hoje, passível de ser percorrido. Já de início não negamos a dificuldade em que tal projeto se encontra enfrochado... e por isso não irrelevante lembrar dos ensinamentos insertos naquele que é o *Pari de Pascal*: é necessário que decidamos e com isso prossigamos, uma vez que assim podemos tudo ganhar, ou nada perder! Desde já, impõe-se que não nos percamos

³⁴² “(...) a norma jurídica (a sua determinação normativo-jurídica) se vê referida a uma intenção normativa de realização do direito para que decerto concorre, mas em que é simultaneamente superada ao ser aí assimilada por uma normatividade que amplamente a ultrapassa. Pois que a realização do direito é um acto normativo (um acto judicativo-normativamente decisório), não o resultado de uma determinação hermenêutica (de uma hermenêutica compreensiva dos textos das normas para uma sucessiva e mera aplicação), e de sentido problemático-normativamente constitutivo.” E, página à frente, “se a decisão determina o conteúdo jurídico do juízo, o juízo justifica normativo-juridicamente a decisão.” CASTANHEIRA NEVES. A. *Metodologia Jurídica*. Op.Cit., p. 148/151.

nesse caminho difícil, de sorte que não nos interessa nem negar a polaridade que dinamiza a nossa procura, tampouco nos deixarmos reduzidos a uma singela “conformação aporética” – como também já o dissemos. Fato é que a experiência jurisprudencialista se faz como reconstrução contínua, uma reconstituição crítico-reflexiva que, não se permitindo condenada aos paradoxos hoje de fato alarmados, reconhece o *diferendo* que nos atinge, mas se erige qual uma *voz* que dele vai além: daí se falar numa “reescrita da ocorrência jurídica” a lançar o direito em bases reinventadas, as quais não se confundem com as vozes características do *diferendo*.

Isso tende a ficar claro quando acentuamos a dimensão efetivamente *crítica* da reconstituição em tela, como que a nos dar instrumental a resistir às atuais fragmentações ou às investidas de superá-las unilateralmente – tal qual se opera com as atuais “teorias da justiça”. Tanto rompemos com a condição deveras impregnante do *diferendo*, ou do silêncio que por vezes aí tanto nos atordoa, como intentamos não ser mais *uma* voz desse mesmo *diferendo*, a tentar ocupar-*reterritorializar* o território jurídico (abalado pela ausência de modelo) à força de uma só pressão normativa, isto é, à custa da assunção de uma normatividade específica. Com isso, quer-se mostrar que a fenomenologia da multiplicação crescente e mesmo inescapável dos discursos e metadiscursos na nossa circunstância presente não nos condena como *juristas*: isto é, ela não nos obriga a termos de abandonar um território específico, a *communitas* da juridicidade, para nos lançar a uma experiência de indeterminação³⁴³. No compromisso e res-

³⁴³ “A experimentação do seu tratamento – a ruptura com um universo que é <<moralmente impossível>> porque hostil à <<ética da tradução>> – essa impõe-se-nos já com o direito, com a especificação funcional e institucional da sua <<fala>> e da sua <<forma de vida>>, isto é, com a *auctoritas* mas agora também *potestas* (e as competências pragmáticas que estas engendram ou legitimam) para <<dizer>>, <<fazer>> e estabilizar uma história que se substitui à primeira (a qualquer uma das primeiras <<narrativas>> ou ao seu confronto). (...) E no entanto o texto narrativamente perfeito que assim se apresenta paga o preço inevitável da força *ilocucionária* (e da eficiência *performativa*) que o distingue: porque cria um universo de experiência *a se* que há-de libertar-se do núcleo de organização que o tornou possível. De tal modo que, mesmo quando se esgotam institucionalmente as possibilidades de reescrita da narrativa jurídica, esta permanece (ou permaneça) aberta e vulnerável como processo, renunciando à sua integridade e auto-suficiência (<<as a whole>>) para, como parte-elemento, se submeter ao *contrôle* de coerência de outras <<histórias>>: <<histórias>> por sua vez que partilham significações gerais (*ordinary-language narratives*) mas que, em confronto com a etapa anterior, resolvem internamente as suas diferenças. E que as resolvem porque as submetem à expectativa autofinalizada de um auditório universal e porque, como já sabemos, este se confunde com a comunidade retórica e (ou) com as suas possibilidades constitutivas. De tal modo agora que da autoridade (*auctoritas*) desta antecipação regulativa (*as the ultimate authority of the community over its institutions and its instruments*) dependam numa palavra todas as (parcelares) audiências <<comuns>>, mais rigorosamente, os critério de <<aceitação>> e de <<cumprimento>> com que estas institucionalizam *um* dos desempenhos (<<funcionais>>) dos *sujeitos* que as compõem. Que desempenho? Precisamente aquele que transforma em (ou que permite identificá-los como) destinatários das narrativas jurídicas (*It is not that legal judgment has no authority, but that its*

pectiva assunção de responsabilidade que o pensamento jurídico admite como seus, a referir-se, pois, a um *socioleto* possível – um *socioleto* que se volta a resolver problemas concretos – bem como um desempenho profissional, tampouco se permite sejamos condenados a uma pragmática da indecidibilidade e ao “paradigma da decisão” no qual, em última instância, acaba por se culminar.

Há, nessa linha, duas preocupações centrais como que a definirem duas frentes de estudo: *de um lado* aquela que se lança a perceber a condição do diferendo e *de outro* a que nos ilumina a necessidade de uma sua superação interna ao direito. Preocupações, ademais, que nos norteiam o caminhar e assim nos dirigem ao cerne da institucionalização da ocorrência jurídica – especificamente refletida em sua pretensão de dogmática como *procura de unidade*, procura essa inevitavelmente infirmada, uma vez que esse olhar interno à juridicidade recusa tanto os encantos da clausura holística quanto o isolamento desproblematizante que caracteriza o fechamento normativístico – submetendo-nos então a uma específica dialética, qual seja aquela que se opera entre as “práticas de estabilização” e as “práticas de realização”. Diante disso, uma última referência estrutural, como sequência de *respostas*, se nos faz forçosa frisar. E um primeiro passo se dá na distinção entre *fundamentos* e *critérios*, ou mesmo na precipitação de certo olhar que compreende os princípios normativos enquanto *jus*. Trata-se de tornar *autônoma* a racionalidade que solapa a juridicidade no plano desses *fundamentos*, mas como pretensão de autonomizar, diante da inteligibilidade global do mundo prático e da própria decisão jurídica, uma racionalidade justificativa. E se assim se dá no plano dos fundamentos, impõe-se uma conclusão provável (a existência de um campo específico e autônomo da juridicidade) a exigir um esforço argumentativo dos operadores do *ius-dicere*. E, no outro pólo da referida dialética, com os *critérios* trata-se de invocá-los como espécie de “operadores técnicos” disponíveis, estes sim poden-

authority is not absolute and should always be defensible in other terms, in the language of the community itself).” AROSO LINHARES, J. *Entre a reescrita pós-moderna da pós-modernidade e o tratamento narrativo da diferença...* Op.Cit., pp. 729/731. Esta última citação, grafada no inglês, vem de JAMES BOYD WHITE, *Heracles' Bow: Essays on the Rhetoric and Poetics of Law*. E.U.A: Library of Congress Cataloging in Publication Data, 1938. Esse livro pode ser lido na íntegra em: http://books.google.com.br/books?id=wlyCIYWd-X8C&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false.

do de pronto, como que de imediato, solucionar problemas dando-lhes respostas normativas³⁴⁴.

Na esteira da reescrita jurisprudencialista, permita-se aqui que lancemos mão de uma narrativa, *parafrasticamente* construída, como nos ensina articular Aroso Linhares, e explicativa das diferenças que se nos aparecem no binômio em questão, qual seja: o binômio *unidade / pluralidade*; ou, *práticas de estabilização / práticas de realização*. Trata-se de metáfora que se concerta, como adiantado acima, a partir das imagens do “farol e da bússola”, imagens essas assimiladas, respectivamente, de *Drucilla Cornell* e *Adela Cortina*. Assim iluminada nossa problemática – que é, saliente-se, uma *problemática metodológica* –, os fundamentos, mas também e talvez muito especialmente os princípios jurídicos, vão como que comparados à luz que se projeta a partir do farol ou, lançando mão da outra imagem, à direção à qual uma bússola aponta. Tudo para salientar que o labor próprio do jurista, este no seu confronto diuturno com a necessidade de tratar e solucionar controvérsias jurídicas e os problemas-casos em que aquelas se objetivam corresponde à travessia perigosa por um território quase que noto desconhecido – e desconhecido porque de fato inédito, sempre *por percorrer*, e a nos lembrar que o caminho se faz caminhando, na sua própria construção, como que a demandar do caminhante um constante recolher de provas e novidades, forçando-o enfrentar e reinventar esse seu caminho sempre como um caminho irrepetível! Caminhada, no entanto, que não se realiza *ex nihilo* – “*todo pensamento tem pressupostos*” –, de sorte que as decisões-juízos que se impõem como jurídicas, o verdadeiro vínculo normativo do direito, não contam tão só com a *inventio* subjetiva ou da voluntas. Se, com efeito, essa *inventio* é indispensável à ocorrência jurídica, esta não se limita aos quadrantes daquela. Antes, beneficia-se de uma série de apoios e orientações: ademais, estas como que o atingem transversalmente (e racionalmente), dando ao direito uma

³⁴⁴ “Como se os critérios se nos oferecessem como <<objecto(s) da interpretação>> e os fundamentos como os <<elementos de conclusão racional que possibilitam, condicionam ou sustentam a própria interpretação>>. O que nos permite reconhecer que os princípios normativos (prolongados por algumas explicitações-objectivações da doutrina) se nos ofereçam (e devam ser tratados metodologicamente) como *fundamentos*, devendo em contrapartida as normas, os precedentes ou prejuízos jurisprudenciais e a maior parte dos dogmáticos ser assumidos como *critérios*.” AROSO LINHARES, J. *Jurisprudencialismo*. Op.Cit., p. 59. A metáfora a que na sequência do texto fazemos alusão encontra-se referenciada por Aroso Linhares nessa mesma página desse mesmo trabalho, a qual é mobilizada como explicação da metodologia aí proposta. Assim explica-nos Aroso a utilização das imagens do *farol* e da *bússola*: “A primeira (com um piscar de olhos a Virgínia Woolf!) a considerar globalmente o problema dos princípios jurídicos, a segunda a referir-se já apenas ao contributo de Kant e à sua construção da <<Paz perpétua>> ou aos princípios que esta assume (e então e assim a defender Kant de uma <<injusta>> crítica de Hegel).

racionalidade vinculante como que operada de maneira transversal – e a isso daremos mais linhas no capítulo seguinte. É nessa dimensão de *vinculação* da prática de realização que se alocam as práticas de estabilização, ou seja, a partir daqueles apoios e daquelas orientações, a referirem um *continuum* de práticas cumpridas, planos e territórios distintos, caminhantes precedentes (como os legisladores, os juízes, os juristas dogmáticos), que compõem um espécie de *patrimônio jurídico* indispensável ao pensamento que pensa o direito.

Trata-se, com efeito, de travessia sempre perigosa. Mas dois tipos de apoios-*guias* podem aqui ser assentado, no âmbito ainda daqueles fundamentos e critérios. *De um lado*, aqueles que, não obstante se dinamizem sem operar previsões futuras, isto é, não podendo prever os tipos de problemas-*casos* que da vida emergirão ao tratamento jurisprudencialista, sem anteciparem as armadilhas e os atalhos possíveis à sua resolução, acomodam uma orientação constitutiva fundamental. Com isso compromete-se o percurso a ser seguido no trabalho problemático-resolutivo com a imposição de certas exigências – e, na metáfora a que estamos a referir, ter de seguir a luz do farol, ou caminhar com a referência inevitável ao Pólo Norte –, ou, minimamente, pela negativa, firmando-se alguns percursos que não poderão ser seguidos, como lembra Aroso *Linhares*. *De outro lado*, aqueles que medram roteiros ou *mapas* mais densos e, assim, mais analíticos, embora persista sempre um espaço para alguma *inventio* histórica. Perceba-se que esses mapas ou roteiros mais analíticos jamais se confundem com todo o caminho ou percurso a ser percorrido, mesmo quando se trate de um mapa sobremaneira concretizado, tal qual é o caso dos critérios que se afirmam diariamente na jurisprudência. Com efeito, tais critérios, efetivamente mais densos no que toca sua força para produzir-se a normatividade jurídica (a decisão-judicativa), não são suficientes para desenhar-nos no todo o caminho a percorrer. Antecipam certamente alguns pontos de parada essencial, porquanto preveem, exemplificam ou reconstroem reflexivamente situações e problemas a serem enfrentados, ao passo que não deixam de propor soluções ou alternativas passíveis de serem assumidas diante desses mesmos problemas.

Antes de seguirmos ao próximo capítulo, o que não se pode deixar de pontuar é que aqueles fundamentos não se confundem com os mapas que na sequência serão referidos, isto é, os princípios e critérios que adentram a metodologia em questão não

são, como já mencionado, uma só e a mesma coisa ³⁴⁵. Embora se relacionem na práxis que afinal eles mesmos estão a compor, e de maneira incessante, não se confundem. Os princípios não são critérios-regras, mas tampouco delas se distinguem pelo simples fatos de serem, em tese, mais indeterminados ou mais abertos. É aqui que mora a dificuldade e não é por outra razão que eles exigem um tratamento metodológico diferenciado: em suma, os princípios demandam um trabalho metódico diferente daquele dispensado aos critérios.

De outro lado, não é possível que se tome os critérios-mapas como se aí encontrássemos ou pudéssemos encontrar todo o nosso caminho como que desde já determinado, como se possível fosse engendrarmos a realidade jurídica, a ocorrência do direito, bem como os problemas-casos que aí vão implícitos, *a priori*. Acontece que, se não podemos crer na redução normativa da realidade social, não podemos também esquecer que o caminhante que aí segue, nesse labor problemático, não pode pretender erigir seu percurso como se este não fosse outra coisa senão uma mera *desimplicação*, ou seja, como se não houvesse quaisquer mapas ou itinerários a considerar ou, pior, como se não se lhe dirigisse qualquer fundamento. Em verdade, é na base deste último que o seu trabalho deve se operar: ainda que o nosso caminhante selecione, como de fato o faz, na própria prática os itinerários e mapas (os critérios) a prosseguir, ainda que ele os tenha às mãos (como que de forma plástica ou até maleável), não poderá ele desvencilhar-se no todo das exigências de experimentar-los em concreto, *de um lado*, e de organizá-los de modo inteligente, *de outro*. Trata-se, afinal, de não deixar de atentar à luz que se lhe informa a partir do farol, de sorte a dela não se desviar, não caminhar em sentido oposto, não importa quais sejam as indicações dos critérios: o que não deixa de ser, ademais, a admissão de uma espécie de *politicidade* da iuris-prudência, do *ius-dicere*, como se aprende a ver com *Giovanni Orrù*, também voltado ao direito sob um enfoque praxista ³⁴⁶.

³⁴⁵ “Os princípios normativos constituem, podemos dizê-lo, os sentidos fundamentantes da intenção prático-material (que não lógico-formal) do direito. A respectiva consideração como que nos remete, portanto, para o plano da... arqueonomia – não em termos... paleontológicos (por mera referência às... fossilizadas estruturas originárias – numa perspectiva cronológica – da juridicidade, mas genuinamente axiológicos (enquanto eles identificam os autênticos étimos da validade prático-normativa do sistema jurídico).” BRONZE, Fernando. *Lições de introdução ao direito*. Op.Cit., p. 629.

³⁴⁶ “In conclusion, la negazione metodologica della politicità della giurisprudenza significa, realmente, la condanna o della faciloneria in politica del diritto (*Gefühlsjurisprudenz*, *Billigkeitsjudikatur*) o della non infrequente strumentalizzazione della tesi della politicità del diritto rispetto all'intento di fare una data politica, perseguendo o almeno favorendo determinati interessi

Perceba-se que, nesse movimento, está-se a dar uma vazão normativa mais adequada à existência dos princípios, uma vez que se os retira da instância generalizante – para não dizermos mesmo do “senso comum teórico” – que os assume como meros *critérios mais indeterminados* do que as regras. O intento com isso não é ausentá-los em sua força normativa, antes realocá-la num espaço de maior relevância jurídica, fortalecendo a veemência e mesmo premência da dimensão dos *fundamentos* na ocorrência prática e teórica do direito. Daí a exigência desse contraponto rigoroso (entre critérios e fundamentos) a refletir suas nuances na própria assunção da realização do direito (ao se admitir, afinal, que “o direito que é” *é* o direito em concreto), sobretudo quando visitada por meio de um espectro metodológico. Com efeito, a reabilitação dos princípios como meros critérios *mais amplos* tende a enfraquecer a seriedade com a qual eles deveriam, em tese, ser encarados pelo pensamento jurídico. Ao assumir a compreensão dos *princípios normativos* qual fossem eles autêntico *direito vigente* – e, assim, encarando-os como expressão do *jus*³⁴⁷ –, a reconhecê-los como verdadeiros fundamentos constitutivos da validade do direito em todas as suas frentes de ocorrência, a *reescrita jurisprudencialista* (como lembra Aroso Linhares) expõe-nos duas questões: de um lado, a experimentação incessante do excesso normativo que caracte-

economico-sociali o politici. Pertanto, una più accentuata consapevolezza dell’elemento politico nella attività giudiziaria non significa necessariamente crescita delle condizioni di arbitrio o di instabilità in cui il sistema opera. La tesi fondamentale della politicità della giurisprudenza non sostiene (contro l’equivoco frequente) che il giudice possa giudicare anche in contrasto con la legge o che il diritto legale debba essere sostituito dal <<libero>> o <<naturale>> o <<giudiziale>>, ma afferma che <<il giurista mantiene nei confronti di ogni corpus normativo, comunque composto, un margine di libertà che quell’ordinamento necessariamente gli lascia, che egli non può non utilizzare e che deve, se vuol essere fedele alla propria missione, utilizzare nel modo migliore.>>” E, ainda, esclarecedor: “A ben vedere, l’assunto deontologico della apoliticità del giudice, collegato il più delle volte alla tradizionale versione legalistica e formalistica della giuridicità, rischia di contrabbandare un modo non controllabile di fare politica, e mostra in ciò, esso stesso, il suo carattere ideologico.” ORRÙ, Giovanni. *Richterrecht*. Op.Cit., pp. 15/17.

³⁴⁷ “O segundo estrato do sistema jurídico é o dos “princípios normativos”, que constituem o regulativo momento de validade da normatividade jurídica. (...) Sejam duas breves notas, a abrir. Uma, para sublinhar que consideraremos a seguir os princípios normativos, próprio sensu (as exigências de sentido axiológico-normativo em que radica a validade do sistema e, por isso mesmo, con-formadores de autênticos “princípios de justiça”), e não os chamados “princípios gerais de direito”, relevados por todas as correntes metodológico-jurídicas mais ou menos profundamente comprometidas com o positivismo, até à Jurisprudência dos interesses, inclusive, e que conferiam unidade racional ao sistema jurídico (meras inferências lógicas feitas a partir das normas e axiomáticamente afirmadas – e, portanto, ainda... normas, só que com um maior grau de generalidade e abstracção. E a outra, para acentuar a ideia de que a autonomização dos princípios normativos nos não reconduz à reposição do dualismo jusnaturalista (direito natural vs. direito positivo), antes implica o reconhecimento da positividade (*scilicet*, da vigência) – da validade e da eficácia – como bipolar dimensão constitutiva do direito. BRONZE, Fernando. *Lições de introdução ao direito*. Op.Cit., pp. 627/628. Ver, também, o que se refere na nota de número 143, acima, sobre o *direito vigente*.

riza os “princípios normativos”, uma vez que vislumbrados como intenções constitutivas de um *normans* inesgotável tão só nos “critérios” e nas realizações práticas que determinam e fundamentam; de outro lado, exige-se que o tratamento metodológico desses *warrants* se dê mesmo com a reflexão-experiência de uma realização-manifestação-constituição inconfundível ³⁴⁸.

Dessarte, percebe-se aqui um formato específico de institucionalização da juridicidade, uma institucionalização particularmente expressiva e a se operar na relação, como que inevitável, entre a assunção constitutiva e integradora de um horizonte de *validade jurídica* e uma abertura constante à variedade (*pluralidade*) de contextos de realização, isto é, de problemas sempre novos. É aqui, portanto, que se instaura a tensão acerca da validade da ocorrência jurídica. Aqui também, nesse círculo que se dinamiza no devir do direito, percebemos uma sua possibilidade *ontológica*, digamos assim, como que a demarcar um formato efetivamente próprio – e inegavelmente problemático – desse seu ocorrer. Não se está com isso a sustentar uma ontologia do direito ou da justiça, da validade normativa, como se pretendêssemos dar-lhe um conteúdo infungível, mas, isso sim, demarcar um seu formato, a polaridade inevitável de sua manifestação, clareando-se assim momentos que sempre ali estão, como que a possibilitar fale-se em direito.

Trata-se, em verdade, de testemunharmos uma *consonância* implacável, qual seja aquela que se opera como prática referência entre os princípios normativos convocados como instâncias de compromissos e “projetos de ser”, ou, melhor, de *ser-com-os-outros*, e o próprio “conteúdo normativo-concreto” que a realização desses projetos deprecia se leve a cabo. Tal consonância não deixa, porém, de salientar a – antes afirma – a sua indissociabilidade ante os problemas a serem tratados, de sorte que lhe vai implícita o irreduzível *novum* normativo. Os princípios não têm o condão de antecipar, como já se disse, a aparição dos problemas-casos, qualquer tipo deles: lembremos que o farol não nos ensina a superar obstáculos, não os indica para nós, mas tão só nos ilumina o caminho, ao passo que o nosso caminhar, no entanto, somos nós quem o fa-

³⁴⁸ E a concordar com esse enfoque, SERGIO COTTA salienta: “In questa prospettiva il diritto naturale... e il diritto positivo ... non appaiono più due realtà opposte ed escludentisi a vicenda (quando non si identifichino), bensì come i due momenti essenziali del fenomeno giuridico nel suo complesso ... le due polarità interne del diritto, entrambe necessarie, fra le quali intercorre quel rapporto dinamico di richieste e risposte che costituisce la vita stessa del diritto, anzi il diritto nella sua effettiva esistenza.” COTTA, Sergio. *Diritto Naturale*. In. Enciclopedia del diritto, XII, 1964, p. 652.

zemos. Ainda assim, e como que a nos identificar um paradoxo aparente, tais princípios somente conquistam sentido (o seu sentido prático) em concreto, furtando-se a qualquer pré-determinação abstrata: daí, como veremos a seguir, que a questão da *justiça* no âmbito jurídico tenha de se colocar num *feitio metodológico*. Os princípios normativos só fazem sentido e só atingem a integridade normativa a que se destinam *realizando-se*, com o que vai implícito, evidentemente, um *transformando-se*, de sorte que se salva aquele *novum*, este a surgir a cada nova experimentação concretizadora³⁴⁹. Tal qual se tratasse, com efeito, de nos lançarmos a experimentar aquele *continuum* de “constituição-manifestação-realização”, um continuum porém que não apresenta de pronto (*a priori*) uma decisão, uma solução. E aí a se diferenciar dos critérios como um todo (bem os dissemos) como os critérios legislativos, jurisprudenciais e mesmo dogmáticos. De sorte a demandarem, como também já o salientamos, mas agora tudo vai ficando mais claro, um tratamento diferenciado, um tal tratamento que não se permita aprisionar-se numa assimilação pluralista previamente decidida ou experimentada – sem que se permita, portanto, sufocar aquele *novum*, empenho ademais característico dos mais variados critérios.

Dito isso, um outro passo nos encaminha a uma dinâmica distinta, já não a da referência aos princípios normativos, mas antes mais turbulenta e, quiçá, verdadeiramente perturbadora: a dificuldade de levar-se a cabo a institucionalização de um devir

³⁴⁹ “[A] ausência de hipótese-previsão nos princípios ou a sua indeterminação referencial, já que essencial para ele é só o seu regulativo compromisso axiológico e prático, não impõe apenas que a sua normatividade se determine realizando-se, solicita ainda uma compreensão prática (não simplesmente dogmática ou lógica) dessa sua normatividade só possível de atingir-se mobilizando a dialéctica entre o seu regulativo, que convoca à realização, e a prática (de acção e judicativa) em que encarne e a manifeste realizada. Se as normas são auto-suficientes no critério abstracto que hipoteticamente prescrevem, os princípios são fundamentos “para tomar posição perante situações, *a priori* indeterminadas, que venham a determinar-se concretamente” (Zagrebeliski). Em síntese: as normas legais esperam a sua aplicação e em último termo visam-na, mas podem compreender-se e determinar-se sem ela, ou seja, na sua subsistência abstracta; não assim os princípios, já que o seu verdadeiro sentido não é determinável em abstracto, e só em concreto, porque só em concreto logram a sua determinação, e se lhes pode atingir o seu autêntico relevo.” CASTANHEIRA NEVES, A. *O problema actual do direito. Um curso de filosofia do direito*, policopiado, terceira versão, pp. 59/60. Perceba-se que essa afirmação principiológica – referida aos fundamentos – não resgata um acabamento pré-problemático da juridicidade, funcionando, antes: “Como se o encontro com a <<interpretação conforme aos princípios>> ou com a <<realização judicativa segundo valores>> – na experiência de assimilação extrema que esta representação autoriza a essas modalidades (como puros exercícios de justificação *a posteriori*) – nos levasse enfim a enfrentar (legitimar) a própria consistência teleológica do género normativo (a única concedida à juridicidade *qua tale*): ampliando-a na sua incidência material, reforçando-a na sua linearidade interior, determinando-a na sua competência intradiscursiva – liberando-a, numa palavra, de uma qualquer exigência de compossibilidade com universos linguísticos heterogêneos. Mas então procurando a <<alternativa>> na guerra da linguagem livre do direito.” AROSO LINHARES, J. *Entre a reescrita pós-moderna da modernidade e o tratamento narrativo da diferença*, Op.Cit., p. 399.

que se coloca em circulação incessante. Desde logo, cuida-se de movimentarmos nossa reflexão, aqui, a partir de outro estrato (ou degrau) da ocorrência a que estamos a nos dedicar: aquele estrato em que as controvérsias nos aparecem como que “sem mediação” alguma, já inscritas naqueles casos-problemas em que o direito se realiza. É, portanto, o estrato da *realidade jurídica* que entra em foco (não obstante ela já o esteja desde o início), realidade essa que, a essa altura bem o sabemos, distante está de poder ser apreendida ou enlaçada teoricamente como simples *espaço de aplicação* (senão subsunção, como tradicionalmente se insiste em dizer). Certamente, não é a esse problema que se está aqui a aludir. Em verdade, mobiliza-se aqui uma realidade quase que fugidia, tendente a escapar por entre os dedos. Ainda assim, impõe-se referi-la. E tal realidade é mobilizada, entretanto, para que com isso a descubramos como um *território privilegiado* do furor – enquadrado já normativamente – característico do movimento da *pluralidade*. A relevar, nessa altura, não tanto a instância da dimensão dinâmica dessa realidade, da qual até aqui tratamos (que é da emergência e respectivo labor decisório-judicativo), quanto a sua dimensão estritamente *institucional*.

Esclareça-se que quando aqui falamos em *dimensão institucional* estamos a nos referir àquela *realidade jurídica* que, uma vez que enquadre e assimile o diagnóstico de época que acima foi tratado, nos diferencia naquela feição de *ensemble* plural de uma plêiade de situações institucionais, bem como de cânones, tudo a se sustentar na “prática profissional” das mais variadas comunidades de juristas: aí insertos os advogados, os juízes, os juristas dogmáticos, os juristas acadêmicos. Cada um deles, porém, a se precipitar em práticas e experiências coletivas profundamente diferenciáveis, ou, ainda, a lançarem luz sobre essas práticas, guiando-as, no diálogo constante e inevitável que operam com as respectivas comunidades externas, estas já como verdadeiro símbolo da fragmentação e do diferendo. E é aqui, com efeito, que o *diferendo* ganha sua dimensão institucional, na sua afirmação constante dessa miríade de comunidades interpretativas: cada qual a inferir uma sua prática-normatividade a partir de distintos compromissos práticos e dos modelos-mapas que os estabilizam.

De outro lado, a referência à institucionalização, além de trazer à baila o reconhecimento daquele “território privilegiado” – como que a lhe conceder um sentido físico ou espacial – nos permite considerar uma tal pluralidade social e normativa, ainda inserta no *diferendo*, em sua relação efetivamente constitutiva com os “princípios nor-

mativos”, isto é, sua afinidade circular com os fundamentos do direito. Fato é que do encontro e enfrentamento dos problemas-casos também decorre certa normatividade a ser assumida pelo *ius-dicere*, não obstante sob o crivo da circularidade em questão. Trata-se, deveras, de interpretar a institucionalização da ocorrência jurídica como que circularmente, a partir da ideia de *pensamento circular*, como salienta Aroso Linhares: portanto, como uma realidade-referente cuja aparição agencia, inevitavelmente, um seu tratamento pelos princípios, os quais na sua própria realização e, pois, determinação histórica dispõe-se a acomodá-la reflexivamente ³⁵⁰. E, ainda, como prática de resolução de casos-problemas e de formação de decisões-juízos concretos de cuja exigência de fundamento decorre a referência dos “princípios normativos” numa maior grau de inteligibilidade e determinação. É ademais da conjunção ou conjugação desses dois momentos – a manifestação de um espaço-território a ser ocupado (institucionalizado) normativamente e a assunção de um labor específico nessa ocupação normativa – de que resulta a turbulência acima mencionada e, quiçá, uma *turbulência perturbadora* ³⁵¹.

É em razão da perplexidade que essa turbulência gera no âmbito do pensamento jurídico que se impõe nos dirigirmos, afinal, a um último patamar de institucionalização, depois do qual iniciamos mais uma caminhada, então voltada de maneira pontual à temática da justiça no âmbito jurídico. No que toca esse último patamar, trata-se do eixo em que se articulam a *validade comunitária*, pensada sob um olhar de va-

³⁵⁰ Como Deleuze ensina-nos a perceber: trata-se de admitir que esses *princípios normativos*, a disponibilizarem a juridicidade num eixo reflexivo referente ao *jus* – sempre novamente problematizado e, pois, renovado normativamente (daí a mencionada *circularidade* do pensamento jurídico) –, são como que agenciados por essa “realidade privilegiada”, isto é, pela necessidade e correlata intenção de se lhe ocupar, de se lhe *institucionalizar*.

³⁵¹ “Uma perturbação que podemos concentrar numa pergunta: a de saber se – e até que ponto é que – a fragmentação (no limite do *diferendo*) que afecta hoje as comunidades interpretativas e as suas situações institucionais (os projectos de realização, os materiais canônicos, os códigos linguísticos e extralinguísticos)... não ameaça afinal a própria manifestação constitutiva dos princípios – aquela que se descobre *in action* na teia destas comunidades restritas e no jogo que, em cada contexto histórico, as inter-relaciona –... ameaçando também, através dela, a pretensão de unidade do sistema (e no limite, a inteligibilidade reconhecível do mundo humano do direito ou do projecto que o ilumina). Se chegarmos à conclusão de que a multiplicação das situações institucionais (e dos códigos que estas mobilizam) suscita processos de realização-determinação incompatíveis com um sentido material (ou com a partilha deste), o compromisso prático pressuposto e o próprio horizonte de validade comunitária estarão certamente ameaçados. Uma ameaça que já não será certamente aquela que reconduz tal validade à solução contingente de um puro consenso *a posteriori* – a ameaça que associamos a uma possível hipertrofia tópico-problemática –, porque é já aquela outra que, reconhecendo a impossibilidade deste consenso (ou de uma sua repetição lograda), apenas preserva a possibilidade-limite de evocar uma tal validade ou o princípio que a especifica (e que na situação em apreço a representa como se de um puro *nomen* (mais ou menos apelativo) se tratasse.” AROSO LINHARES, J. *Jurisprudencialismo*. Op.Cit., p. 66.

lidação metodológica, e os *contextos de realização*: ou, noutras palavras, a juntura entre a *unidade intencional* e a miríade de espectros da *pluralidade discursiva*. É desse eixo, dobrado a partir de alguma *clausura dogmática* e de alguma correspondente *problematização crítica*, que se nos surge, pois, uma oportunidade inigualável, qual seja a oportunidade de operarmos uma determinação reflexiva e estabilizadora da ocorrência jurídica – essa já no nível da institucionalização. Perceba-se que essa *estabilização reflexiva* ocorre no âmbito de um pensamento jurídico que, perplexo diante do *diferendo* e a das turbulências que a pluralidade normativo-reflexiva hoje inscreve no mundo prático (na societal) – e aí o direito –, atinge espécie de conclusão ou síntese problemática que exige a densificação de uma *dogmática doutrinal*, esta já no todo prático-normativamente *reescrita*³⁵². Mas não só isso. A institucionalização dessa dogmática, todavia, não pode se instaurar sem uma sua articulação prévia, como que lograda no computo das realizações e problemáticas insertas no devir das jurisprudências *judicial* e *doutrinal*. Com essa referência última, intenta-se uma recondução do labor jurídico, como que se o pudéssemos lançar a perceber-se em unidade prático-prudencial com um assim chamado *direito dos juristas* – mas organicamente referido na esteira de amplificações *metadogmáticas*, estas a convocarem o diálogo fecundo tanto com as reflexões acadêmicas e estritamente doutrinárias (cada qual com sua *micropolítica*) quanto com as comunidades que refiram em suas pretensões a ocorrência do direito.

Fato é que, uma vez que a intenção não deixe ainda de ser a de uma “reescrita do direito” a partir de sua ocorrência própria, a salvar sua autonomia prático-reflexiva e como que a dispor-nos de um campo, o “campo jurídico”, reinventado em sua própria instanciiação como *communitas* ante o *societas*, é a essa dogmática doutrinal, ade-

³⁵² “Só uma opção jurisprudencialista, *seriously taken*, poderá autonomizar nos princípios um autêntico *jus* (um autêntico direito vigente e não apenas uma *ratio* argumentativa, ainda que metodologicamente determinante). O que não significa apenas assumir (poder assumir) tais princípios como objetivações normativas (normativamente materiais) de compromissos prático-comunitários e do horizonte (ou da dimensão) de validade que estes compromissos traduzem (e (ou) realizam) mas também reconhecê-los por um lado *revelados* pela experiência de realização destes mesmos valores e por outro lado e não obstante também *dogmaticamente estabilizados* como *fundamentos*: assim mesmo inscritos numa zona privilegiada de fronteira entra uma dimensão axiológica (historico-problematicamente aberta) – que postulam (e cuja experiência os constitui) e que no não esgotam (porque esta os excede sempre nas suas possibilidades normativas) – e uma dimensão (vocalização dogmática desoneradora (estabilizadora) que os absorve como seu primeiro estrato e a cujo desenvolvimento (-sistema) garantem por sua vez o <<dinamismo constitutivo de um *normans*>> (princípios que são assim e numa palavra <<expressões normativas do direito>> nas quais o sistema jurídico positivo cobre o seu sentido e não apenas racionalidade).” AROSO LINHARES, J. *Entre a reescrita pós-moderna da modernidade e o tratamento narrativo da diferença*, Op.Cit., p. 388.

mais responsabilizada pelo *continuum* em que aloca o seu pensar e o seu labor, que se deve dar a devida atenção. Assumi-lo não é diferente de assumir, até as últimas consequências (a ponto mesmo de nos aproximarmos daquela *catarse* que somente o pensamento tem condão de desvelar), o próprio *Direito*: o direito, ainda hoje, como uma resposta humana, e por isso filosófica, possível. Uma resposta que, ao apostar numa reflexividade metodológica, também resgata a centralidade do homem-pessoa, e, ao se institucionalizar, passa a demandar a *conjugação orgânica* de decisão e pensamento: em última análise, dos “tribunais” e das “universidades”. De sorte que, uma vez dito isso, e de fato assim sendo, a *hora* que nos corta – a atualidade de que estamos desde o início a tratar – não é mais a da impositação de uma renúncia. Com efeito, já não se trata *hoje* de tão só resignarmos os *despojos* de um modelo perdido, ausente no aqui e no agora da realização do direito, embora por vezes a persistir insistentemente no imaginário subterrâneo de sua normatividade – nos assim chamados *Estudos Jurídicos*: restos, portanto, não apenas dos anseios cognitivistas de uma *dogmatische Rechtswissenschaft*, mas ainda das cicatrizes que tal intento tornou rotineiro nas diversas comunidades jurídicas. É tempo, isso sim, de resistir com o *novum* (o direito refundado em sua juridicidade) frente aos diversos convites do “não-direito” e de avocar crítico-reflexivamente essa resistência: e, ao que parece, a experiência jurisprudencialista permite-nos tal intento, mormente porque abre vazão a algo hoje fulcral, o resgate da filosofia.

Como veremos ao final do capítulo seguinte, com esse caminho resiste-se a uma intenção tradicional de transcendência, mas também de um “assentamento moral” infungível da juridicidade, de uma sua correção alienígena, bem como a um olhar estritamente cognitivista e às apostas no sujeito-cientista que põe, por si só, e romanticamente, o *devir* do mundo como história do futuro. De tal modo que se impõe não aceitarmos a redundâncias que nos chegam como apelos-programas que ignoram (como alternativas ao direito) as problemáticas próprias à juridicidade, submetendo-as a soluções e traduções marginais, tal qual é discurso que se nos corta a partir de um olhar da *Law & Economics* ou ainda dos discursos, sem dúvida importantes, que cunham as opções éticas da assim chamada microfísica de poderes ou mesmo das substituições radicalmente externas das tecnologias sociais, sem que possamos esquecer, igualmente, das “grandes teorias da justiça”. Cuida-se, como já hoje nos ensina a perceber *Aroso*

Linhares, de resistência que caminha em duas frentes: *de um lado*, a negar esses apelos; *de outro lado*, a asseverar um apelo específico, qual seja o da juridicidade. E isso porque já é tempo de a “dogmática jurídica” se defrontar seriamente com a miríade de referências e de vozes que a cortam e nela se instauram. Como já o fora dito, tem-se aí uma miríade de *pensares* (esse o *hoje* do pensamento jurídico) que em movimento contínuo disputa materialmente o *ius-dicere* (a *iuris-dicção*) e que já no diferendo se anuncia, e isso também senão sobretudo no âmbito da *academic house*, como um verdadeiro perigo: o perigo da perda de sentido de um fidedigno *Juristenrecht*. De sorte que a dimensão orgânica da dogmática que nos toca – por certo que uma “dogmática doutrinal” – salienta a persistência de um calibre concreto, senão de conteúdo, desse mesmo labor (que é o seu labor próprio, o labor dogmático): a persistência dos problemas-casos; o litígio que retira-nos do diferendo, embora não nos permita ignorá-lo, e que requer um tratamento diferenciado.

Essa ademais a historicidade do direito que ora nos atinge. Tudo a nos demandar sejamos críticos, a nos impor um labor consciente da pluralidade que lá fora o agora nos prepara, mas que também nos marca – e, com efeito, nos marca a ferro – internamente, do lado de cá. Tal qual não nos fosse mais dispensada a possibilidade ou liberalidade de uma crença na “dinâmica natural das coisas”, nos contrapontos tradicionais entre correntes de *centro* e correntes de *periferia*, a pronunciar-se como que nalguma suposta dialética entre a *communis opinio* e diversos *pensamentos críticos* e desviantes, senão subversivos. Há que se endurecer, tornar orgânico o labor do pensamento jurídico, a ponto de também ele se fazer um pensar crítico, sem ignorar mas também se que se deixe levar por correntes externas que o intentam, verdade seja dita, domesticar. Não se está com isso, certamente, a intentar alçar o jurista e o pensamento jurídico à condição astronômica de um entendedor absoluto da realidade, como alguns parecem pretender, todavia o que se pretende é antes admitirmos que em sua intenção metodológica a presença do acaso, do irracional e do erro possível é também possível. Fazendo-se verdadeiramente forçoso – uma premência, podemos dizer – o contínuo comunicar-se com as diversas comunidades interpretativas (internas e externas), bem como com suas redes de estabilização e as respectivas emergências de uma série de problemas que o diferendo nos permite perscrutar: esse afinal o fado da atualidade jurídica, intentar desonerar a “dogmática doutrinal” da fragmentação que hoje a consti-

tui, permitindo-a a assunção de uma catarse constante, mas também da virtuosidade

353

Um comunicar-se contínuo com a exterioridade, com as intenções normativas e intencionalidades que ao direito e ao pensamento jurídico se dirigem: essa afinal a necessidade hoje fulcral de um “abrir de olhos” do jurista, nesse seu labor. De modo que se lhe faça viável perceber que a experiência jurisprudencialista, se o privilegia na ocorrência jurídica, lho imputa o fado de assumi-la nos seus limites, bem como a demarcar historicamente o espaço do direito e do *não-direito*, nesse mesmo devir judicativo. Não se perca de vista, entretanto, que é especialmente nesta *hora* em que pululam as visões cibernéticas, distantes do pensamento, que se faz relevante notarmos que não há outro lugar senão no direito hoje para a filosofia. A jurisprudência, em suas especificidades dogmático-normativas, compõe território em constante *reterritorialização*, a ser referido, portanto, pelas mais diversas pretensões de juridicidade. Aí se nos desenham, afinal, *fronteiras* cuja aceitação se faz hodiernamente relevante, senão mesmo capital, uma vez que nos disponibiliza tanto o encontro quanto os desencontros entre *direito* e *política*. Ter-se-á, com efeito, de perceber que as *communitas* têm a tendência a tomar conta da normatividade da ocorrência jurídica, o que será feito na sua aproximação – prática e teórica – ante as problemáticas jurisprudenciais. Essa afinal a arena privilegiada de um tal confronto: confronto que é, em verdade, a assunção de uma comunicação criticamente lograda; no todo comprometida, no que toca o labor e a

³⁵³ “Não tanto nem apenas para impedir que as suas dimensões *descritivo-empírica* e *lógico-analítica* (empenhadas respectivamente na descrição reconstrutiva do direito vigente e no esclarecimento de categorias ou usos linguísticos) possam ser sustentadas autonomamente (em nome de uma intenção cognitiva ou de uma intenção analítica), entenda-se, para exigir que todas estas práticas-tarefas sejam levadas a sério na perspectiva de uma unidade intencional *normativo-prática* (a assumindo um discurso sujeito / sujeito) – intencionalidade e discurso estes especialmente visíveis na tarefa que explica-constitui princípios ou que constrói modelos-critérios. Também e muito especialmente para garantir que... entre o *desempenho desonerador* (e o controle sistemático-racional) que a dogmática cumpre dirigindo-se à prática judicativo-decisória *por um lado*, e a invenção autônoma (heurístico-antecipante) de fundamentos e critérios específicos que ela assume fazendo novas perguntas e esboçando respostas também novas *por outro lado*, passe a impor-se uma conexão muito mais reflectida (que não se limite a intensificar discursivamente a *natural* convergência destas duas tarefas). Ora uma conexão que se cumpre *internamente*, desempenhando uma outra (uma *terceira*) tarefa; aquela que responsabiliza a dogmática por uma reelaboração estabilizadora do próprio sistema (pela reconstituição prática das normas, pela explicitação normativa da experiência constituinte da casuística e da prática judicativa, pela mediação manifestamente e constitutiva dos princípios), na mesma medida em que lhe exige que reconheça neste sistema a unidade-*ordinans* de uma pluralidade historicamente realizada. Reconhecimento que exige hoje por sua vez uma tematização crítico-reflexiva (com o apoio preciso das arenas metadogmáticas da teoria, metodologia e filosofia jurídicas!)... dependendo desta afinal a possibilidade de corresponder ao desafio de uma intenção que se possa dizer simultânea e incindivelmente *hermenêutico-sistemático, prático-judicativa* e *prático-realizanda*”. AROSO LINHARES, J. *Jurisprudencialismo: uma resposta possível em tempo(s) de pluralidade e diferença?*, Op.Cit., p. 68.

busca metodológica da realização jurídica, como a procura de um projeto humano ao direito na autonomia reflexiva deste último face o devir por vezes irascível da política. Tudo a nos lançar às claras – como que a abrir nossos olhos – a especificidade ou as condições específicas que correspondem à sua institucionalização: trata-se, com efeito, de apreendermos tais condições. Diferente do que possa vir a ocorrer nas demais instâncias de normatividade social que se instauram no *mundo prático* da sociabilidade, somente ao direito se concede, com a compreensão e ultrapassagem do *diferendo*, a possibilidade *crítica* de uma integração e a emergência de um projeto diferente de justiça. Integração essa que, tendente à validação dogmática, proclamará hoje como indispensável uma reflexão em torno da assim chamada *razão transversal*, como nosso tempo parece exigir, com o que semelha possível colocarmos finalmente em novos termos a relação entre *direito* e *justo* – tema esse, todavia, que então passa a ser tratado no capítulo que se segue ³⁵⁴.

³⁵⁴ E como síntese deste capítulo, que de certa forma intentou traçar um diagnóstico do nosso tempo no âmbito do pensamento jurídico, embora se tenha já encaminhado a uma sua densificação metodológica, lançamos mão, mais uma vez, das sóbrias palavras de Mannheim: “Nenhum diagnóstico estará completo a menos que procure certo tipo de terapia. Só vale a pena estudar a natureza da sociedade tal como é, se somos capazes de insinuar as medidas que, tomadas a tempo, poderão tornar a sociedade aquilo que deve ser.” MANNHEIM, Karl. *Diagnóstico de nosso tempo*. Op.Cit., p. 04. Palavras essas, afinal, que desde logo dão ensejo à noção de *convalescença* de que trataremos a seguir.

CAPÍTULO III

O Direito e o *justo jurídico*: para um *Direito crítico*.

*

“Para nós, está rompida a continuidade entre causalidade natural e causalidade livre. É preciso passar pelo choque das causalidades e tentar uma fenomenologia do imbricamento destas. O que compete então pensar são fenômenos como *iniciativa* e *intervenção*, nos quais se surpreende a ingerência do agente da ação no curso do mundo, ingerência que causa efetivamente mudanças no mundo. O fato de só podermos representar essa influência do agente humano sobre as coisas, por meio do curso do mundo, como um *conjunção* entre várias espécies de causalidade deve ser francamente reconhecido como um *injunção* conceitual ligada à estrutura da ação como *iniciativa*, ou seja, começo de uma série de efeitos no mundo. Certamente temos o forte sentimento, a certeza confiante de “podermos fazer”, todas as vezes que obtemos a coincidência de uma ação em nosso poder com as ocasiões de intervenção oferecidas por qualquer sistema físico finito e relativamente fechado. Mas essa compreensão imediata, essa confirmação do “poder-fazer”, só pode ser apreendida conceitualmente como concurso de várias causalidades. A passagem pela antinomia de estilo kantiano e, depois, a superação desta em diversos modelos *ad hoc* de iniciativa ou intervenção só têm a função de levar ao nível reflexivo a certeza que se vincula ao fenômeno do “eu posso”, a confirmação inerradável que o homem capaz carrega consigo.”

(Paul Ricoeur: *O Justo*)

*

Chegamos assim àquilo que já de início anunciávamos como um *terceiro tempo* da ocorrência jurídica – tempo esse de inegável e hoje ressaltada relevância, em verdade pelo pensamento jurídico como que desde sempre referenciado e importante mormente no que toca o escopo último deste trabalho no sentido de ensaiar-lançar aportes *para* uma possível (senão mesmo necessária) *reescrita* da “teoria” do direito na atualidade. Trata-se desde logo de assumirmos mais uma inevitabilidade (ora compreendida igualmente como obrigatoriedade e assunção de *responsabilidade*) na apreensão-realização do direito, qual seja a referência contínua e infungível ao *justo*: assim, é sobre o *elo normativo* que infere o “ir e vir” do direito como incessante reflexão em torno do justo do caso concreto que ora visamos meditar. Dessarte, e porque a própria prática jurídica o impõe, neste terceiro tempo intentamos uma ultrapassagem – já a-

nunciada no capítulo anterior – da metáfora do *diferendo* ³⁵⁵, categoria que fora concebida com o fito de clarear a problemática da impossibilidade de o direito se firmar estritamente como objeto e da ausência aí de um *problema*-caso especificamente delimitado como território jurídico: como dissemos, o *diferendo* não traz solução pronta e acabada ao “problema do direito”, ocorrendo à juridicidade como enlace estético do âmbito de sua reflexividade, uma vez que assenta a perda da objetividade normativista (do direito-objeto ³⁵⁶) e se firma como estrutura da historicidade do pensamento jurídico do nosso tempo, apontando à problemática filosófica – verdadeira reabilitação da filosofia – inserta no encargo que a formação do juízo jurídico comina.

De qualquer sorte, certo é que ante a intenção metodológica que nos interessa imprimir na juridicidade atualmente não podemos perdê-lo (o *diferendo*) de vista, embora a sua ultrapassagem e assim a formação de um juízo concreto de referência ao justo, a se nos dispor especificamente como *convalescença jurídica* (o assim chamado “justo jurídico”), se faça de fato premente ³⁵⁷. Dessa forma, a busca pelo justo no âm-

³⁵⁵ Essa passagem se faz necessária, em última análise, para que a própria noção de *diferendo* não perca sentido, do contrário restaria ela como mera “referência aporética” à atualidade de nosso tempo. Como disse o artífice da categoria: “Il y a donc un différend sur les moyens d’établir la réalité entre les partisans de l’agonistique et les partisans du dialogue. Comment régler ce différend? Ceux-ci disent: par le dialogue, ceux-là: par l’agôn. Si l’on s’en tient là, le différend ne fait que se perpétuer, en devenant une sorte de méta-différend, un différend au sujet de la manière de régler le différend au sujet de la manière d’établir la réalité. Et de ce fait le principe de l’agonistique, loin d’être éliminé, l’emporte encore. (...) Il faut donc qu’à l’instant même ou ils croient intervenir en tiers ils cessent d’être des tiers spectateurs, témoins et juges des dialogues, et prennent place en position de patenaires du dialogue.” LYOTARD, Jean-François. *Le Différend*. Op.Cit., p. 47.

³⁵⁶ “Wenn immer jeder klar wüßte, was recht und Unrecht wäre, welche Norm bei vernünftiger und Unparteilicher Betrachtung anzuerkennen wäre, dann dürfte man de positiven Rechts nicht: dann gälte eben dieses Vernunftrecht. Die Positivierung ist also nicht einfachhin deshalb nötig, um die Menschen zur Beachtung des Rechts anzuhalten.” KRIELE, Martin. *Theorie der Rechtsgewinnung*. Op.Cit., p. 193.

³⁵⁷ Mais à frente – e no correr deste capítulo salientaremos isso repetidas vezes – deve esclarecer-se o que se tem aqui por *convalescença* no âmbito do direito: ou simplesmente *convalescença jurídica*. Trata-se de categoria que nos chega da filosofia pós-interpretativa do hermeneuta italiano GIANNI VATTIMO, especialmente em seu: *O fim da modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 28. Alude-se ao direito em *convalescença* – e com isso demanda-se assunção de responsabilidade perante ele – para referir o *dever* de um direito que, alinhado reflexivamente nos trilhos do pensamento jurídico, se encontra em contínua recuperação (normativa), em contínuo tratamento jurídico-reflexivo, isto é, em verdadeira *convalescença jurídica*. Convalescer esse a se dar, todavia, num espaço também bastante específico, ritualizado e tratado em suas demandas e problemáticas próprias. É nesse sentido que PAUL RICOEUR, como veremos adiante, compara a profissão do jurista com a profissão do médico e percebe que o justo jurídico ocorre num ambiente específico, diferente daquele que as atuais teorias da justiça têm apontado, no espaço de uma *decisão reflexiva*. Diz ele acerca desse ambiente: “Na École nationale de la magistrature eu encontrava, realmente, o *jurídico* na feição precisa do judiciário, com suas leis escritas, seus tribunais, seus juízes, seu cerimonial do processo e, coroando tudo, o pronunciamento da sentença na qual o direito é dito nas circunstâncias de uma causa, de um caso, eminentemente singular. Assim, fui levado a acreditar que o jurídico, apreendido com os traços do judiciário, oferecia ao filósofo a oportunidade de refletir sobre a especificidade do direito, em seu lugar próprio, a meio caminho entre

bito específico do direito terá de se diferenciar (e por isso ultrapassar) daquelas visões de mundo que, assim como as teorias da justiça e da sociedade contemporânea, insistem em comprimem e aprisionar a normatividade jurídica enlaçando o direito nas vozes ainda arranjadas nas disputas do diferendo. Retirar-se do diferendo, como ato de reabilitação da filosofia do direito, permite-nos, afinal, confirmar a territorialidade jurídica e envidá-la normativamente, bem como metodologicamente: o espaço que assim se permitirá ser percorrido é, como adiantado, o espaço do *tribunal* e as aberturas do *processo*, os ritos e passagens em que afinal se realiza o direito e em que se reconhece o “problema específico do justo jurídico”, nas palavras de *Paul Ricoeur*³⁵⁸. Certamente que esse movimento de destacamento problemático e metodológico do “específico” face ao “global” não carece desembocar numa especialização cega ao bloco de normatividade social (o *Isolierung* já referido) e, por conseguinte, à *societas in diferendo* que em cheio nos atinge: sua intenção é, antes, assentar o “onde” (o território) dessa relação, isto é, o ambiente ou espaço em que esse bloco de normatividade, e aí especialmente os discursos da *política* e da *moral*, se depara com a específica *normatividade jurídica*.

Antes, todavia, de seguirmos nessa empreitada, é importante esboçarmos ainda que de maneira breve algumas demarcações daquilo que logo abaixo se dirá, bem como acertarmos desde já quaisquer chaves de leitura (senão “palavras-chave”) a fim de contornar uma maior inteligibilidade ao argumento que então se dispõe. Fato é que as linhas que a seguir se delineiam encontram um alinhamento teórico e compreensivo bastante específico – e para nós no todo central –, de modo que, no intento de deixarmos definitivamente assentado o escopo geral que ora nos toca, impõe-se-nos elencar algumas notas prévias da temática que se segue, daí seguindo-se de modo mais analíti-

a moral (ou a ética: já que os matrizes que separam as duas expressões não importam neste estágio preliminar de nossa reflexão) e a política.” RICOEUR, Paul. *O Justo 1*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 03. De outra banda, essa concepção de “justo jurídico”, como contínua recuperação normativa da juridicidade parece bastante coetânea com a visão de justiça que se desenha com MARTIN KRIELE, na relação entre reflexão e decisão jurídicas.

³⁵⁸ Parece-nos evidente que essa pretensão de exaurimento não nos atinge a esta altura, e de fato nem o poderia, haja vista a complexidade da temática da *justiça*. O que se pretende, antes, é lançar e delimitar um olhar possível, que resgate afinal a atualidade normativa de uma teoria do direito. E para tanto é imprescindível que o justo seja referido no espaço específico da juridicidade. Como já dissemos, é esse um caminho pelo qual seguiu também Paul Ricoeur, como se lê da seguinte passagem do segundo volume do livro referido na nota anterior: “Dizer o direito nas circunstâncias singulares de um processo, portanto no âmbito da forma judiciária das instituições de justiça, constitui um exemplo paradigmático daquilo a que nos referimos aqui com a ideia de justiça como equidade.” RICOEUR, Paul. *Justiça e verdade*. In. *O Justo 2*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 68.

co uma sua elucidação mais alongada e um respectivo desenvolvimento arquitetônico do argumento em questão – como fizemos no capítulo precedente. Desde logo, como já adiantado, e para não esquecermos, é a relação por vezes truncada entre a juridicidade (e a normatividade jurídica) e a justiça – esta assumida no *plural* e especificamente como “*teorias da justiça*” – que então estará em foco, não obstante nossa intenção seja ao fim desenhar o território a partir do qual se possa falar, pontualmente, num justo jurídico.

De início, deve ficar claro que de modo algum se pretende exaurir aqui a complexidade e as problemáticas que as mais coevas discussões em torno da “justiça” engendram, especialmente no âmbito da *filosofia política* (como “filosofia prática”) e das teorias da justiça – discussão essa de fato revigorada nos últimos quarenta anos com o lançamento do *Uma teoria da justiça*, de John Rawls³⁵⁹ –, sendo nossa intenção apenas pontuar uma necessária diferenciação filosófica da referência ao *justo*, tendo em vista a perspectiva de juridicidade que já admitimos como nossa: diremos, nessa toada, que o justo no âmbito do direito (o “justo jurídico”) não se confunde com o que se tem cogitado nessas últimas décadas sob a epígrafe de *teorias da justiça*. Em verdade, referidas teorias voltam sua reflexão de modo mais atento e pontualmente àquilo que se pode chamar de um “justo político”, de modo que deixam um tanto de lado aquilo a que queremos direcionar nossa atenção. De outro lado, e nessa mesma linha, o que visamos deixar estabelecido neste último tempo do direito diz respeito à possibilidade (ao menos teórica, embora prática) de uma referência especificamente jurídica ao *justo*, não se fazendo necessária a subsunção da juridicidade à política para que se fale em justo jurídico. Nisso vai implicada uma diferenciação imperiosa entre as reflexões de uma “filosofia política” e de uma “filosofia do direito”, as quais podem, portanto,

³⁵⁹ “Com a obra de Rawls, a questão do direito natural da justa repartição das honras e das riquezas, tornou-se de novo objeto, depois de longo período de ocultação que retraçamos, de um exame inovador.” E mais à frente, utilizando-se das categorias aristotélicas de *justiça geral* e *justiça particular*, enceta: “Embora Rawls resgate a antiga questão referente à igual distribuição dos bens exteriores, ele não parece inseri-la no âmbito da justiça particular.” Explicando essas categorias: “A justiça é concebida como geral uma vez que submete as virtudes individuais (coragem, temperança) à exigência do bem comum; quando essa nova orientação é obra da lei civil, ela pode ser denominada justiça legal. Ao passo que a justiça particular rege a relação entre os homens a partir da partilha dos bens exteriores. Essa forma de justiça visa repartir as honras e as riquezas conforme o que é devido a cada indivíduo. A justiça geral e a justiça particular podem, portanto, entrar em conflito se uma decisão política ciosa do bem comum atenta contra os direitos do indivíduo.” ISRAËL, Nicolas. *Genealogia do direito moderno. O estado de necessidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 169 e 191.

ser assumidas como filosofias diferentes, cada qual com um seu espaço de atuação e respectivas problemáticas.

Ademais, e de outro lado, o que definitivamente não podemos perder de vista é que, uma vez que já inferimos a assunção de uma tomada de posição (no intento de ensaiarmos uma *resposta diferente* ao “problema do direito” na atualidade) quanto à concepção de juridicidade que nos parece mais coetânea às exigências teóricas do pensamento jurídico contemporâneo, o tratamento do *justo* não poderia deixar de seguir também nessa mesma esteira: assim, impõe-se-nos inevitável a inferência de que o espaço da justiça (ou das *justiças*) no âmbito do direito conquista-se e realiza-se não por meio de um ingênuo (ou muito astuto) enquadramento categórico da prática judicativa, como se nos fosse possível verticalizá-la sem mais do alto de nossas abstrações teóricas (como têm feito, percebe-se, as teorias da justiça), mas antes com o e no incessante *labor reflexivo* que se volta à resolução dos problemas jurídicos e suas especificidades³⁶⁰. É no campo que se abre com a continuidade desse labor bastante peculiar ao *homo juridicus*, como pensamento jurídico que continuamente tenciona a busca de novos caminhos ao direito, e assim abre (ao mesmo tempo em que fecha) a normatividade jurídica a projetos e normatividades outras, é nessa “continuidade de descontinuidades” que, como diremos, pode aflorar o *justo jurídico*. Em suma, a justiça no âmbito propriamente jurídico, por *Paul Ricoeur* referida como “problema específico do direito”, não se confunde com quaisquer outras concepções de justiça, embora possa com elas se relacionar e delas se servir. Parece-nos, dessa forma, um equívoco que no tratamento do justo, mormente por aqueles que operam no campo da normatividade jurídica, negligencie-se esse problema específico subsumindo-o no problema global da po-

³⁶⁰ Na esteira do que estamos a escrever, a referência à noção de *justiça* (ou, especificamente, o *justo*) não poderia receber de nós outro enfoque senão este que estamos a efetuar, qual seja aquele que se orienta a partir da própria noção de *juridicidade*. Dessarte, se no primeiro capítulo (o primeiro tempo do direito) empreendemos a busca da especificidade da juridicidade no âmbito de sua normatividade específica, alocada reflexivamente no labor do pensamento jurídico e assim diferenciada frente ao grande bloco da normatividade social; e no segundo capítulo (o segundo tempo do direito) intentamos uma sua compreensão a partir da sua historicidade, o que fizemos com a aplicação da metáfora do diferendo ao pensamento jurídico; neste último capítulo (o terceiro tempo do direito) impõe-se o tratamento da referência à noção de justiça. E, como dissemos, esse tratamento não pode desconsiderar o caminho precedente, ou seja, aqueles dois tempos anteriormente trabalhados. É por isso que o justo será aqui analisado em sua relação ou aparição especificamente jurídica, no âmbito da juridicidade e da normatividade jurídica, sendo então diferenciado dos enfoques atuais que tem recebido no âmbito da filosofia política. A leitura que aqui se fará dá-se na convergência, entre outros, de autores como *Castanheira Neves*, *Martin Kriele* e *Paul Ricoeur*, centrais para este texto.

lítica³⁶¹. Com isso, todavia, não se nega, devemos frisar, a relação entre o direito e a política, antes o contrário, de modo que, assumindo-a como verdadeira inevitabilidade, o que se impõe perquirir é “onde” ela ocorre, isto é, qual é o espaço ou território normativo em que direito e política afinal se cruzam.

Não é por outra razão que, embora às grossas linhas se faça de fato forçoso aceitarmos que enquanto há de um lado tão só o *Direito* (dito no singular), e isso não obstante o implacável pluralismo jurídico, há de outro lado uma série de “justiças” (ditas no plural), de sorte a termos de assumir haver tão só “uma juridicidade”, mas “uma miríade de justiças”, ainda assim o desafio da *criticidade* do jurista e do pensamento jurídico contemporâneo não pode se resumir, tal qual já o dissemos, a um “separar o joio do trigo”, como se o direito afinal não se comunicasse com o bloco global da normatividade social que o circula. Certamente que os questionamentos quanto às especificidades do direito não devem seguir esse viés estilístico do cognitivismo isolante, sob pena de se cair, mais uma vez, na cegueira social que caracteriza o normativismo jurídico. Ao jurista se impõe, com efeito, além de saber identificar os espaços e as especificidades propriamente jurídicas do direito (destacando-o reflexivamente daquele bloco mais geral), perquirir as *continuidades* normativas que operam entre o particular e o universal uma espécie de “encontro infungível”, trazendo à luz, sobretudo nesta *hora* que nos atinge como presente, o espaço em que direito e justiça se tornam um só e o direito se realiza, afinal, como um *direito justo*. Assim, a reabilitação da reflexão crítica (e *ética*) no direito demanda – como que a ensaiar uma neocrítica jurídica – um jurista atento, isto é, que não negligencie as diferenças normativas e estruturais (de alcance e amplitude teórica) que os problemas da reflexão em torno da justiça concebem. Daí que uma tal pretensão de neocrítica, ora atenta à reescrita da “teoria” do direito, não infirme haver disparidades entre os problemas de uma justiça política e de uma justiça jurídica: em verdade, deve-se saber perceber aí – na diferença reflexiva que demarca cada um – tanto uma diferença de problemática quanto um alinhamento nor-

³⁶¹ RICOEUR, Paul. *O justo*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Nesse livro, composto de dois volumes, *O justo 1* e *O justo 2*, essa perspectiva da justiça como “problema específico do direito” é colocada com clareza rara. Não é à toa que dele se serve Castanheira Neves em seu livro *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia* (principalmente, p. 72 e ss.). Constituído, *O justo*, por uma série de trabalhos que tratam do tema da justiça e das justiças, alguns deles são essenciais à visão que estamos nos referindo. São eles: do primeiro volume, além do prefácio introdutório, *O ato de julgar*; *Condenação, reabilitação, perdão*; e, *Consciência e lei. Implicações filosóficas*. E do segundo volume: *Da moral à ética e às éticas*; e, *Justiça e verdade*.

mativo inevitável, sem porém que se desnature o campo jurídico em reflexões teóricas³⁶². O desafio que se coloca, portanto, é o de apreender esse alinhamento que liga “direito” e “justo” sem, todavia, que com isso se perca de vista os limites da juridicidade: como se estivéssemos a procurar os limites em que ocorrem aquelas passagens. E para tanto, como veremos, é inelutável a diferenciação entre “o problema global da política”, de regra vinculado às assim chamadas teorias da justiça (especialmente àquelas que hoje se desenham no terreno da filosofia prática), e “o problema específico do jurídico”, problema esse que nos indicará o percurso do justo jurídico como caminho autônomo da realização do direito.

Dito isso, e chegados a esta etapa do pensamento jurídico, qual seja a que se arma a perscrutar a relação entre o direito e as justiças, imperioso se faz lembrarmos, ainda que rapidamente e tão somente de passagem, o já mencionado e para nós bastante significativo ensinamento do *Pari de Pascal*³⁶³ – mas isso não no intuito de fazermos, como que em abrupto, qualquer suspensão na continuidade de nossa reflexão, antes para não esquecermos que estamos a tentar alavancar o pensamento jurídico em sua própria realidade humana chamando à baila algumas de suas categorias essenciais, dentre elas aquela que é sem dúvida a mais difundida e referenciada na história do direito ocidental, a alusão ao *justo*. Esse, entretanto, o *terceiro tempo* da realização do direito, um tempo que, ao assentar-se numa ocorrência singular (a ocorrência decisório-judicativa), responsabiliza-a com uma ética também bastante singular – espécie de *ética regional*, como diz *Paul Ricoeur* –, isto é, responsabiliza essa própria ocorrência com a inferência de um justo jurídico: percebe-se que uma vez que o pensamento jurídico assuma essa ocorrência, chama a si a responsabilidade de realizá-la de forma crí-

³⁶² Este capítulo é, com efeito, dedicado a demarcar quais são os espaços do *direito*, de um lado, e das *justiças*, de outro, bem como o espaço de um possível *justo jurídico*. Assim, em primeiro termo, o que nos importa mesmo é perceber aí uma continuidade, isto é, uma inevitabilidade epistêmica que alinha ambos os problemas (direito e justiça) numa ocorrência própria, isto é, numa só ocorrência: a ocorrência jurídica. Importa-nos, portanto, encontrar os liames que conjugam o caminho do justo no direito: o justo jurídico. Como já se deve imaginar, porquanto essa premissa vem implícita em todo o correr deste trabalho, esse liame é por nós identificado no próprio labor do *pensamento jurídico*, ou seja, na constante referência entre *decisão* e *reflexão jurídicas*, tal qual ensina percebê-lo MARTIN KRIELE, como veremos logo a seguir.

³⁶³ Como visto no capítulo anterior os ditos ensinamentos do *Pari de Pascal* nos permitem assumir o nosso caminho, criticamente, como inevitável, isto é: uma vez que já nos dispusemos a isso, faz-se necessário seguir adiante da melhor forma possível, ainda que não tenhamos certeza quanto ao resultado de tal caminhada. Nesse sentido, impõe-se fazermos a referência ao justo a partir do que temos como juridicidade, ou seja, por meio do pensamento jurídico, do diferendo e do juízo concreto que se infere ante aos problemas concretos. É assim que visamos “caminhar o justo”, não obstante o resultado de tal percurso, se é que há algum resultado, nos seja um tanto obscuro.

tica, e, portanto, *eticamente*. De sorte que, isso previamente assentado, as reflexões que se seguem alocam suas preocupações na temática da aparição da justiça (e, assim, das “teorias da justiça”) no âmbito do problema específico do direito, certamente que sem ignorar as diferenças fulcrais de intencionalidade que cada uma dessas formas de *pensar* (como visões de mundo) – e já chamamos atenção para um dualismo necessário entre o labor do *pensamento jurídico* e o labor do *pensamento político* ³⁶⁴ –, mas sendo nossa intenção ora localizar um espaço de continuidade que nos permita falar do justo no próprio labor do pensamento jurídico, como que a abrir o contraditório em face da justiça política.

Sendo assim, se até aqui – nesses *dois tempos* do direito trabalhados nos dois capítulos anteriores – salientou-se, e certamente não por capricho, mas em razão da necessidade hoje capital de tencionarmos o pensamento jurídico no sentido de salvar alguma autonomia à juridicidade ante a rede de poder e de intencionalidades alienígenas (egoísticas e conformadoras) que sem cessar lhe confrontam a prática ³⁶⁵, se salientamos, portanto, que o *labour* do jurista encontra-se como que lançado numa

³⁶⁴ No mesmo sentido, corrobora mais uma vez PAUL RICOEUR: “Para imprimir um cunho dramático à oposição que faço aqui entre uma filosofia política, na qual a questão do direito é ocultada pela obsessão da presença incoercível do mal na história, e uma filosofia em que o direito seria reconhecido em sua especificidade não violenta, proponho dizer que a guerra é o tema lancinante da filosofia política, e a paz, o da filosofia do direito. Isto porque, ainda que o conflito – portanto, de certo modo a violência – continue dando ocasião à intervenção judiciária, esta se presta a ser definida pelo conjunto dos dispositivos por meio dos quais o conflito é elevado ao nível do processo, estando este, por sua vez, centrado num debate de palavras, cuja incerteza inicial é finalmente deslindada por uma palavra que expressa o direito. existe, pois, um lugar da sociedade – por mais violenta que esta continue, por origem e costume – onde a palavra sobrepuja a violência.” RICOEUR, Paul. *O Justo*. Op. Cit., p. 04. Essa superação da violência pelo direito, segundo o autor, estaria alocada naquilo que chama de *o ato de julgar*, como logo mais será pontuado. Desde logo, à página 177 do mesmo livro, lê-se: “(...) podemos dizer que o ato de julgar é da alçada do juízo ‘reflexivo’, o que consiste em buscar uma regra para um caso novo. De acordo com esta segunda acepção, a decisão de justiça não se limita a pôr termo a um processo; ela abre caminho para toda uma trajetória jurisprudencial uma vez que cria um precedente. O aspecto suspensivo do ato de julgar ao cabo de um percurso deliberativo, não esgota o sentido desse ato.”

³⁶⁵ E isso porque, parece necessário pontuarmos, também a *não-decisão* se firma na história, e da mesma forma na práxis social, no âmbito pois da ocorrência jurídica, como *decisão*. De sorte que a opção no sentido de não se teorizar o Direito, intentando-se dele dar conta por outras vias (essas as *alternativas* ao direito), como a estritamente filosófica ou antropológica, pode nos surgir como verdadeiramente mantenedoras do *status quo*; uma não-decisão que opera afinal como decisão. Daí a necessidade de nos decidirmos pelo direito, como projeto humano hoje capital, ainda que muito provavelmente tenhamos de no futuro superar nossos erros do passado. Corrobora com essa visão MARTIN KRIELE, quando diz: “Denn of ist die Situation so, dass sich ein Aufschub verbietet: Besser eine fehlerhafte Entscheidung als keine. Keine Entscheidung bedeutet nämlich auch eine Entscheidung, nämlich die für den status quo, und ihn beizubehalten kann noch unvernünftiger oder noch parteilicher sein, als es die fehlerhafte Entscheidung wäre. Die rechtspolitische Diskussion taucht ja in der Regel nur auf, weil irgendein Misstand dazu herausfordert. Geschichtliche Situation machen bestimmte rechtspolitische Entscheidungen nötig: “challenge and answer” ist das Modell des institutionellen Fortschritts.” KRIELE, Martin. *Theorie der Rechtsgewinnung*. Op. Cit., p. 194.

espécie de *diferendo* reflexivo (em que teorias das mais diversas debatem-se em torno da tomada de decisão), o nosso próximo passo, este que ora se inicia, nos conduz à identificação e determinação da *controvérsia-caso* como território privilegiado de um possível *justo* no direito. Esse caminho, que de certa forma tem início já capítulo anterior, quando salientamos a proposta por se retirar do *diferendo*, tem aqui sua progressividade. Dessarte, nosso fito derradeiro pode ser representado na seguinte fórmula: trata-se de tentativa (vislumbrada como constante do pensamento jurídico) – e por isso mesmo, *tentativa incessante*, como nos lembra *Martin Kriele*³⁶⁶ – de levarmos a cabo uma reflexão que desemboque de alguma forma num elogio das perspectivas que hoje intentam uma *metodologia da realização do direito*. Por certo que não se trata, esclareça-se, de um elogio à “metódica modernista” e de olhar cognitivista, que nos aparece tencionando uma isenção de contato com a vida social e seus devires e dinamicidades, restrita que está à delimitação do objeto-direito. Trata-se, isso sim, de tentar inferir – sempre novamente – uma *metodologia processual* para o direito, uma metodologia que “ancora a realização jurídica no devir da vida social”, não abrindo mão, portanto, em seu intento de reabilitação da filosofia, dos esteios empiristas³⁶⁷. É nessa esteira que se trata aqui de buscarmos a referência do *justo* nos trilhos da realização jurídica com o fito de fazer convergir – sob um *prisma jurisprudencialista* da juridicidade – o *justo* no

³⁶⁶ “Es ist ein Prozess des immer fort dauernden Wechsels von kontroverser *Reflexion und Dezi-sion*.” KRIELE, Martin. *Theorie der Rechtsgewinnung*. Op. Cit., p. 192. Daí o entendimento básico de que a ocorrência jurídica é mais do que mera decisão, mas verdadeira continuidade de mudanças propiciadas pela relação processual entre reflexão e decisão jurídicas.

³⁶⁷ É essa a proposta metodológica de Castanheira Neves, esta a se desenhar na esteira de pensadores como MARTIN KRIELE e JOSEF ESSER, dentre outros. O caminho que se abre impõe ao pensamento jurídico admitir que a sua ocorrência se dá num plano de processualidade – especificamente, no processo. Como vimos, é o que também PAUL RICOEUR não deixou escapar. Não se trata de uma metodologia da interpretação – no sentido da hermenêutica tradicional – ou de uma teoria da decisão. Está em questão pensar o processo e o pensamento jurídico como pensamento processual. Nesse sentido, escreve JOSEF ESSER: “I precedenti, Che se inseriscono come mezzi di conoscenza decizivi tra <<lege>> e <<decisione>>, hanno il loro significato di positivizzazione nel mettere in chiaro <<dottrina e tradizione comprovate>>. Essi fanno parte delle quattro categorie di ordinamento di un lavoro di individuazione del diritto, attuato a regola d’arte, e il loro valore dichiarativo non sta affatto per il pratico dietro altre pause con intento di controllo: come la dogmatica, o <<logica giuridica>, richiamo a mezzi di interpretazione usati in modo corretto, e la ragionevolezza, o <<giustizia ancorata alla vita>> della decisione. La <<vincolatività presuntiva>> di sentenze dei tribunali supremi, non costituisce un valore autonomo di fonte del diritto, ma un valore di accertamento per la stabilità e l’unità della concezione giuridica, che sperimenta qui una nuova forma di differenziazione. Anche questo valore di accertamento non ha un significato puramente formale (fatta eccezione per le riflessioni di diritto processuale del giudice d’appello) ma un significato indiziale per la ragionevolezza e l’adeguatezza sociale degli argomenti utilizzati. In questo senso, per la nostra concezione del diritto, non è affatto determinante l’uguaglianza del risultato della valutazione, ma l’uguaglianza della motivazione.” ESSER, Josef. *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto. Fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice*. Ibidem., p. 184.

*metodológico*³⁶⁸: frise-se, por conseguinte, que o problema que se coloca é o de pensar essa metodologia no âmbito do processo de realização do direito ao mesmo tempo em que se lhe assume como instância crítica³⁶⁹.

Acontece que, diante de um tal escopo, restando ele já mais claro, não podemos assumi-lo sem mais e assim percorrer referida marca sem que antes nos detenhá-mos numa indagação (que nos parece visceral) não menos central. Assim, antes de testarmos (mesmo que teoricamente) a plausibilidade desse argumento, um questionamento prévio deve ser analisado: cuida-se da interrogação quanto à pertinência ou não da filosofia, mas especialmente da *filosofia prática*, para a atualidade dos problemas que envolvem o pensamento jurídico. Trata-se, em última análise, de perquirirmos se a filosofia ainda tem algo a nos dizer, haja a vista a especialidade crescente dos saberes e do mundo prático-social. Essa paragem parece-nos fulcral por um motivo bastante objetivo: uma vez que o *pensamento jurídico* (bem como o *sentido* histórico e axiológico que lhe corresponde) se encontra imerso no assim chamado contexto de crise global da filosofia – daí que ele nos surja como que num diferendo referencial –, talvez também a filosofia já nada possa nos ensinar, uma vez que também ela hoje estivesse já no todo *superada* e mesmo *substituída* por outros olhares – como se perguntou *Castanheira Neves*³⁷⁰. Parece claro, sobretudo quando lançamos mão da categoria do diferendo, es-

³⁶⁸ Em passagem esclarecedora: “É assim que a interpretação jurídica é sempre problematicamente intencionada, pois não deixa nunca de pressupor um problema ou controvérsia da prática determinação e concretização de uma validade normativo-jurídica. E se é decerto o tribunal a sede paradigmática das controvérsias jurídicas, compreende-se que seja vista também a interpretação jurisdicional como o paradigma da interpretação jurídica. o que não tem de significar uma visão <<patológica>> do direito ou uma sua perspetivação apenas em termos de conflito. Significa unicamente que a função de validade própria do direito só pode ser assumir-se reflectivamente pela mediação de uma controvérsia prática, suscitada por um problema normativo e que haverá de cumprir-se numa intenção judicativa - intenção judicativa de que a interpretação será a própria determinante metodológica do juízo, já que por ela se há-de justamente obter a concreta <<máxima de decisão>> (a *ratio decidendi*).” CASTANHEIRA NEVES, A. *O Actual Problema Metodológico Da Interpretação Jurídica – I*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 39.

³⁶⁹ Concorda com essa visão, mais uma vez, Paul Ricoeur, para quem: “Do lado judiciário, a situação inicial típica é o conflito; ele provoca o pedido de justiça e encontra no processo o seu enquadramento codificado.” E continua: “É esse entremeio que o exercício do juízo na ordem judiciária possibilita articular melhor, por ser rigorosamente codificado. O âmbito, como dissemos, é o processo. Este põe a nu as operações de argumentação e interpretação que levam à tomada de decisão final, a sentença, também chamada julgamento. (...) A aplicação consiste, ao mesmo tempo, na adaptação da regra ao caso, por meio da qualificação delituosa do ato, e do caso à regra, por meio de uma descrição narrativa considera verídica. A argumentação que guia a interpretação da norma e do caso abebera-se nos recursos codificados da discussão pública. Mas a decisão continua singular: tal delito, tal réu, tal vítima, tal sentença. Esta é ditada como a palavra de justiça pronunciada numa situação singular.” RICOEUR, Paul. *Da moral à ética e às éticas*. In. O Justo 2. Op.Cit., p. 60/61.

³⁷⁰ “Com efeito, e considerando as coisas com um pouco mais de pormenor, não será caso de pensar que a filosofia se encontra consumada no seu destino histórico e também superada no seu relevo cultural, quando não substituída no papel fundamental que tem sido o seu na história da cultural e mes-

tamos certos de que a filosofia tem espaço no mundo prático ainda hoje, e, como já o dissemos, parece-nos que especificamente no direito que ela tem ainda hoje alguma relevância. Mas não podemos tomá-lo como certo sem antes percebermos que também ela passa um momento difícil, por muito considerados como *pós-filosófico*. Perceba-se que, não obstante a nossa intenção seja, em última instância, diferenciar e com isso resgatar aquilo que tomamos por uma *filosofia do direito* frente às arquitetônicas gerais da filosofia global (especialmente a filosofia política), este trabalho é ainda assim ordenado em torno de lucubrações muito próprias à filosofia (ele se faz num feitiço *meta-normativo*). Nisso como que vai implícita uma confiança na filosofia, bem como na autonomia da filosofia do direito, cujo trabalho passa a ser o de apontar e desenhar (no plano do *dever-ser*) os espaços do campo jurídico e da “teoria” do direito que aí se possa reescrever. Daí, afinal, a importância dessa paragem e desse questionamento prévio.

Perceba-se que, tendo em conta o que até aqui se anotou, sobretudo no capítulo precedente quanto à necessidade de nos afastarmos dos enquadramentos do desenho monocultural das visões de mundo, cujo olhar tecnológico da *societas* e, por conseguinte, da juridicidade não pestaneja em abrir mão da filosofia e adotar a visão de uma *sociedade sistêmica*, a perspectiva à qual nos aparelhamos não nos deixa admitir uma tal postura: perceba-se, ainda, que o abandono da filosofia leva, em consequência, ao esquecimento e obscurecimento da própria *ética*, o que, todavia, sob o enfoque de juridicidade ao qual aderimos, não parece viável na medida em que o direito leva em sua ocorrência própria a assunção de uma “ética específica” (ou *ética regional*). Com isso não queremos dizer, longe disso, que o direito e o pensamento jurídico podem sem mais ser substituídos pela reflexão filosófica ou ética, mas tão só que a própria ocorrência do direito, em suas problemáticas próprias, já convoca uma tal relação, não obstante o faça de modo bastante peculiar e autônomo. Assim, o pensamento jurídico não vai apreendido como mera redução epistemológica ou ética de um pensamento mais global, devendo ele, em verdade, firmar-se como tal, de modo a produzir autonomamente seu juízo histórico³⁷¹. Fato é que se ora estamos a nos servir do discurso filosó-

mo anulada na sua pretensão de validade e no seu próprio sentido?” CASTANHEIRA NEVES, A. *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia*. Op.Cit., p. 09.

³⁷¹ E isso porque, como também GIANLUIGI PALOMBELLA soube notar: “(...) o direito dispõe cada vez menos de regras predeterminadas e cada vez mais de apreciações caso a caso; a produção do direito é cada vez menos remetida à lei geral e abstrata; a jurisdição, como mostram as diferentes teorias

fico (aqui admitido para lá da tradicional dicotomia *epistemologia-hermenêutica*) é para que melhor aclaremos o labor e a prática que efetivamente nos toca compreender e assim, quiçá, reescrever, qual seja o *labor jurídico*: o trabalho do jurista. Perceba-se, ademais, que é por isso, em razão dessa premência histórica e cultural (a definição dos espaços do direito), que o caso-*controvérsia* nos aparece como momento privilegiado (no todo fulcral à subsistência, ainda hoje, de uma “teoria” do direito), sem o qual não haveria se falar em direito, tampouco de pensamento jurídico, de sorte que aí sim um pensamento tão só filosófico (a filosofia em suas mais variadas frentes, mas temos aqui em mente especialmente a filosofia política) seria por si só suficiente.

Desse modo, e como que *de outro lado*, embora isso que concebemos como *ocorrência jurídica* não permita que a reflexão jurídica abra mão do fardo de referenciar - “agenciar”, no dizer de *Deleuze* – em suas decisões e juízos concretos as arquitetônicas mais globais da filosofia prática e suas “visões de mundo”, não parece correto ignorarmos, embora tenhamos desde já de discordar, que não são poucas as vozes a alardearem na atualidade o “fim da filosofia”³⁷²: com a desrazão da ontologia, os empecilhos de factibilidade da ética, a absoluta superação dos *valores*, a inexistência de solidariedade comunitária, e assim por diante. Daí, repita-se, a necessidade da referida consideração, como veremos mais à frente. Ademais, é justamente porque não nos parece possível abandonar e assim reduzir a juridicidade aos enlaces estritamente filosóficos (da filosofia geral, seja a de um horizonte *ontológico* seja a de horizonte *deontológico*), que se impõe ao jurista teorizar a sua relação, e, para nós, no toca as intenções deste trabalho, teorizar a relação de continuidade entre o *justo* e o *direito*³⁷³. Da mes-

da interpretação, em vez de se valer de normas preestabelecidas parece precisar cada vez mais reconstruir os parâmetros de juízo, enunciar a prioridade de princípio, submeter a rigidez das regras postas ao ingresso de postulados de justiça “material”, acolhendo as “pretensões” que emergem dos “casos” em cada circunstância.” PALLOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 342.

³⁷² “É óbvio, contudo, que uma nova ordem social não pode ser originada unicamente por um manuseio mais hábil e humano das novas técnicas sociais – precisa ser dirigida pelo espírito, que é mais do que um sistema de decidir sobre técnicas.” MANNHEIM, Karl. *Diagnóstico de nosso tempo*. Op.Cit., p. 07.

³⁷³ *Karl Engisch* deixa claro que também concorda que com a diferença fulcral entre um pensar que pensa a justiça e um pensar que realiza o direito, embora não deixe também de perceber aí uma continuidade inevitável, como que a culminar numa possibilidade do *justo jurídico*. “Mas então levanta-se a questão de saber onde é que os *topoi* relevantes encontram o seu apoio jurídico, em que é que assenta a sua vinculação. E deste modo alcança-se o ponto em que o pensamento do jurista tem de procurar ligação à filosofia do direito.” E prossegue: “Este domínio tem o jurista na verdade que o abranger no seu olhar e de o manter presente em sua visão como pano de fundo de suas reflexões. Mas não pode atrever-

ma forma, e nessa esteira, é forçoso refletirmos acerca da relação entre o pensamento jurídico e o pensamento filosófico, perquirindo a continuidade que comunica um e outro: continuidade essa que encontra suas descontinuidades num *locus* distintivo, como já adiantado, o caso-*controvérsia*. Como território privilegiadamente jurídico, o caso concreto abre o campo da experiência jurídica, como práxis de experimentação do pensamento jurídico, demarcando, por conseguinte, a ultrapassagem da metáfora do diferendo – como aquela plêiade de referências-leituras ou mesmo *teorias* acerca da realidade e da normatividade social – ao *problema* do juízo concreto como o justo jurídico

374

Diante dessas problemáticas, o pensamento jurídico ocidental experimentou uma variedade de respostas, cada qual coetânea ou não ao seu tempo. O que o “pensamento cognitivista” e cientificista da juridicidade – o qual nos aparece como típico de um “pensamento moderno” cuja dinâmica reflexiva vislumbra dicotomias em toda parte e assim não percebe algumas continuidades de fato infungíveis no que toca a intencionalidade normativa dos problemas e fenômenos sociais – não se permite perceber, ao tratar do fenômeno jurídico, diz respeito especificamente a essa continuidade de descontinuidades normativas. Sem aparente desconforto, da mesma forma que categoriza a cisão entre o que é o *Direito* (direito-objeto), de um lado, e o que é o *pensamento jurídico*, de outro, separa também em lados absolutamente distantes o direito e a justiça. Como sabemos, o normativismo jurídico, bem como seu respectivo “relativismo axiológico”, é sem dúvida o maior representante, verdadeira arquitrave no âmbito do direito, desse modelo de pensamento moderno. O que se argumentará abaixo é que, nessa esteira, o normativismo condena não apenas o direito à instância do objeto (em

se a esclarecê-lo e consolidá-lo com os seus meios de pensamento. ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*, p. 385.

³⁷⁴ Trata-se, como salienta Aroso Linhares, de um justo que se opera como prática, especificamente na prática jurídica, na assunção do *ato jurisdicional*, como intenção de conceber-lhe uma validade jurídico-normativa: “Uma nova concepção da *práxis* e da filosofia prática *experimentada* no confronto com o *teleologismo ontológico* pré-moderno e com os *causalismo*, *racionalismo* e *voluntarismo* modernos mas *experimentada* também tendo presentes a representação dos fins assumida pelos funcionalismos materiais... e a <<solução>> de desonto-logização do funcionalismo sistêmico. A convocação-experimentação de uma *outra* teleologia... que nos permite assumir a intersubjectividade histórico-cultural e a condição contextual-comunitária da prática (da acção e da decisão concretas) mas também reconhecer o processo-esforço que transcende a singularidade e a contingência desta prática e lhe confere um <<sentido material>> (que é inequivocamente um sentido de validade.” AROSO LINHARES, J. *Introdução ao pensamento jurídico contemporâneo. Sumários desenvolvidos*. Op.Cit., pp. 97/98.

razão da necessidade de uma objetividade jurídica), mas também a justiça³⁷⁵: enquanto o direito se resume a prolações-coerções objetivas dos atos de vontade subjetivos, como ensinou o monismo de *Kelsen*, a justiça é como que abandonada às lucubrações de filósofos da moral, ganhando vultos estritamente teóricos em que a história e prática aparecem antes como inimigas do que como problemas da justiça: perceba-se, porém, que o relativismo nesse sentido não exclui mesmo algum cognitivismo, de sorte que tão só o tratamento científico do problema da justiça pode ser tido como válido³⁷⁶. De outro lado, como ensina *Aroso Linhares*, é com o normativismo jurídico que o pensamento jurídico contemporâneo tem de se debater na atualidade, certamente que não para reforçá-lo, mas para reescrever a “teoria” do direito, de modo a decorrer daí uma *neocrítica jurídica*.

Com efeito, o normativismo jurídico é a corrente de pensamento jurídico que mais galgou vigor no direito moderno, deixando graves rastros ainda hoje (lembremos de sua presença subterrânea na própria hermenêutica jurídico-filosófica mais coeva, bem como nos trabalhos analíticos)³⁷⁷. É por isso que, não obstante haja atualmente verdadeira infinidade de novas concepções jurídicas, bastando-nos agora aventar a lembrança da visão funcionalista em sua plurivocidade, é sempre ao normativismo que

³⁷⁵ “O conceito de justiça deve ser distinguido do conceito de direito. A norma da justiça indica como deve ser elaborado o direito quanto ao seu conteúdo, isto é, como deve ser elaborado um sistema de normas que regulam a conduta humana, normas essas postas por atos humanos e que são global e regularmente eficazes – ou seja, o direito positivo. Visto a norma da justiça prescrever um determinado tratamento dos homens, ela visa – como já se mostrou – ao ato por meio do qual o direito é posto. A justiça não pode, portanto, ser identificada com o direito.” E páginas a seguir: “Uma teoria jurídica positivista não reconhece o fundamento de validade de uma ordem jurídica positiva em nenhuma das muitas normas de justiça – (...) – mas, como já se mostrou, numa norma fundamental hipotética (isto é, pressuposta pelo pensamento jurídico) por força da qual nos devemos conduzir e por força da qual devemos tratar os homens conforme uma primeira constituição histórica, global e regularmente eficaz, sem importar a questão de saber se a ordem jurídica erigida em conformidade com esta constituição corresponde ou não a qualquer norma de justiça.” Kelsen, Hans. *O problema da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 67 e 70.

³⁷⁶ “Um tratamento científico do problema da justiça deve partir destas normas de justiça e por conseguinte das representações ou conceitos que os homens, no presente e no passado, efetivamente se fazem e fizeram daquilo que eles chamam “justo”, que eles designam como justiça. A sua tarefa é analisar objetivamente as diversas normas que os homens consideram válidas quando valoradas como “justo”. Como ciência, não tem de decidir o que é justo, isto é, prescrever como devemos tratar os seres humanos, mas descrever aquilo que de fato é valorado como justo, sem se identificar a si própria com um destes juízos de valor. Pode tentar determinar nas diferentes normas de justiça um elemento comum para assim chegar a um conceito geral de justiça. Este, porém, será – como veremos – o conceito de uma norma essencialmente geral que, sob determinados pressupostos, prescreve um determinado tratamento dos homens sem afirmar algo sobre a natureza e o modo deste tratamento – pelo que, este aspecto, se revela completamente vazia de conteúdo.” Kelsen, Hans. *O problema da justiça*. Op.Cit., p. 16.

³⁷⁷ Nesse sentido, conferir: LOSANO, Mario G. *Sistema e Estrutura no Direito, Volume 2*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, principalmente sua introdução e primeira parte, pp. 51/135.

temos de nos voltar para efetuar aquele intento de *reescrita*. É tendo isso em mente, portanto, que se faz de fato necessário, na assunção de uma postura crítica ante a realidade jurídica tal qual ela nos é apresentada e querendo mesmo reescrevê-la, assentarmos uma premissa para nós (sob o enfoque jurisprudencialista) inescapável, qual seja a de que, alocado no plano do processo e do tribunal, cujos ritos e procedimentos ganham sempre vulto reflexivo, *a justiça é o próprio direito*. Para que essa premissa seja inferida, porém, deve-se ter já como um pressuposto o que dissemos acima: que não há uma assim chama *Justiça Ontológica*, mas tão só uma sua miríade de perspectivas-visões³⁷⁸. Não se trata, por conseguinte, de uma justiça que se instaure categórica e que assim apresenta uma só face de cuja visão decorre o fim às problemáticas futuras, mas uma justiça que se firma *caso a caso*, com diversas faces, como um justo problematicamente inferido no movimento incessante do juízo jurídico: daí, afinal, a referência à noção de um direito que se encontra em constante recuperação, como que em *convalescença*³⁷⁹. Assim, o olhar daquele que se volta a uma tal problemática não pode se alimentar de um trabalho tão só teórico das justiças, no mais das vezes sabidamente distante de seus reais interlocutores. E é por isso que se opta por utilizar aqui, como aprendemos com *Paul Ricoeur*, pela utilização da expressão *o justo*, a traduzir

³⁷⁸ É o que *Paulo Ferreira da Cunha* não deixa passar sem nota quando do tratamento das *faces da justiça*: “É na utópica Lilliput que a Justiça é representada com vários olhos para denotar abrangência de vistas. poderiam tais olhares, assim plurais, pertencer aos pares a faces que dessem rosto a cada perspectiva.” DA CUNHA, Paulo Ferreira. *Faces da Justiça*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 11.

³⁷⁹ E aqui temos de pedir licença para repetir a transcrição com a qual demos fim ao segundo capítulo: “Nenhum diagnóstico estará completo a menos que procure certo tipo de terapia. Só vale a pena estudar a natureza da sociedade tal como é, se somos capazes de insinuar as medidas que, tomadas a tempo, poderão tornar a sociedade aquilo que deve ser.” MANNHEIM, Karl. *Diagnóstico de nosso tempo*. Op.Cit., p. 04. De outro lado, não podemos deixar de citar *Nietzsche* e sua visão crítica do filósofo como o “médico da cultura”. Nesse sentido, conferir: NIETZSCHE, Friedrich. *Crepúsculo dos Ídolos*. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Campanha das Letras, 2006, em que se lê, no prólogo: “Uma outra convalescença, em algumas circunstâncias ainda mais desejada por mim, está em *auscultar ídolos*... Há mais ídolos do que realidades no mundo: este é meu “mau olhar” para este mundo, é também meu “mau ouvido”... Fazer perguntas com o martelo e talvez ouvir, como resposta, aquele célebre som oco que vem de vísceras infladas — que deleite para alguém que tem outros ouvidos por trás dos ouvidos — para mim, velho psicólogo e aliciador, ante o qual o que queria guardar silêncio tem de manifestar-se...” E, nesse mesmo sentido, também se faz forçoso transcrevermos Charles Baudelaire: “Ora, a convalescença é como uma volta à infância. O convalescente goza, no mais alto grau, da faculdade de se interessar intensamente pelas coisas, mesmo por aquelas que aparentemente se mostram as mais triviais. (...) Ousaria ir mais longe: afirmo que a inspiração tem alguma relação com a *congestão*, e que todo pensamento sublime é acompanhado de um estremecimento nervoso, mais ou menos intenso, que repercute até no cerebelo. O homem de gênio tem nervos sólidos; na criança, eles são fracos. Naquele, a razão ganhou um lugar considerável, nesta, a sensibilidade ocupa quase todo o seu ser. Mas o gênio é somente a *infância redescoberta* sem limites; a infância agora dotada, para expressar-se, de órgãos viris e do espírito analítico que lhe permitem ordenar a soma de materiais involuntariamente acumulada. (...)” BAUDELAIRE, Charles. *Sobre a modernidade*. Trad. Teixeira Coelho. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996, pp. 18/19.

sua relação específica com a juridicidade, mais do que *a justiça*. A intenção disso é demarcar que essa justiça (o justo jurídico) não se firma como pesquisa categórica (teórica), embora todas essas devam ser referenciadas concretamente, como que *caso a caso*. Em suma, é no lastro que se abre com o labor do direito (e do jurista) que pode *o justo*, como encarnação de uma adequação momentânea, percebido como formação contínua de um juízo decisória que amanhã pode já ser outro, encontrar sua normatividade³⁸⁰.

Uma vez que se dê esse passo (decisivo) que nos permite pensar juridicamente o justo para além do enfoque estritamente cognitivista e dicotômico, enfoque esse que pretende interpretar (e assim cominar) “o que é a justiça” de forma categorizada e voltada a fins meramente instrumentais e egoísticos, esclarece-se, como que em ato contínuo, aquilo que podemos chamar de verdadeira “função crítica do direito”³⁸¹. Pa-

³⁸⁰ “A juridicidade histórica é um *contínuo constituendo*, que só se oferece e realiza pela mediação da autonomia problemático-concretamente constituinte do pensamento jurídico (tomado este no sentido amplo de pensamento dos juristas comprometidos com a prática realização do direito) (...) aspecto este da historicidade jurídica – e que ainda aqui compartilha com toda a historicidade prática – cuja importância se nos faz evidente se pensarmos que é ela decerto indispensável para que os novos sentidos, princípio e critério normativos possam ser assimilados pelo todo da ordem jurídica sem incongruência sistemática e dogmática. E esta atividade jurídica, normativamente constituenda e reconstituente, não se pode decerto cumprir – é este o ponto que agora importa sublinhar – sem o apelo também a intenções e critérios normativos transpositivos (...): essas intenções e critérios não podem ser senão aqueles mesmos que darão sentido normativo, histórico-socialmente específico, ao sistema jurídico de que se trate, pois só esses podem ser os seus fundamentos intencionalmente constitutivos. Intenções e critérios, pois, mediante os quais o sistema jurídico, sem perder as qualidades historicamente imprescindíveis de abertura e mobilidade, adquire a sua intencionalidade material e o seu sentido socialmente normativo – o seu sentido material de <<valor>> e de <<justiça>>.” CASTANHEIRA NEVES, A. *Justiça e Direito*. In: Digesta I, Coimbra: Coimbra, 1995, p. 246/247. Esclareça-se que a utilização do termo *sistema*, nessa transcrição, não deve fazer incorrer o leitor a crer que se esteja a supor uma compreensão sistemática de direito, ou mesmo monista, como se um *objeto* fosse; antes o contrário: tem-se aí uma opção que vislumbra o direito como *fenômeno autônomo*, como já salientado, e sistema aqui quer chamar atenção, antes, para a dimensão dogmática do labor jurídico. Com isso em ente, a seguinte passagem mostra-se esclarecedora, p. 248: “(...) apenas em referência a um fundamento de dever-ser, a uma intenção normativa autônoma, que transcenda os limites objectivos do sistema jurídico formalmente positivo, este adquire a sua própria positiva juridicidade. Pois a sua juridicidade não pode pensar-se sem um sentido de validade, e esta, a validade, advém ao sistema, não é imposta pelo próprio sistema. É um certo sentido de validade que fundamenta e constitui o sistema jurídico, não é o sistema jurídico que antes de ser reconhecido como tal prescreve essa sua validade.”

³⁸¹ Essa crítica, que se afirmará no olhar que encara a resolução imanente dos problemas-casos concretos, afirmará uma axiologia toda própria, calcada na noção de *homem-pessoa*, como lembram-nos Castanheira Neves e Aroso Linhares: “A perspectiva **axiológica** a impor um salto para outro nível de <<ser>> madiatizado pela relação de reconhecimento (enquanto compromisso **axiológico**). O problema do fundamento último assumido num processo-esforço de auto-transcendência ou de transcendentalidade prático-cultural. (...) A assunção da pessoa como aquisição axiológica cujo reconhecimento é verdadeiramente especificante do direito como direito. A distinção fundamental entre o sujeito-*originarium* como entidade antropológica e a **pessoa** como aquisição **axiológica**. O salto decisivo no reconhecimento recíproco ou a assunção de uma ordem (de integração comunitária) que reconheça a cada humana digni-

ra tanto, exige-se que o jurista atente de fato à alocação específica da juridicidade, de sorte a não lançar suas inferências num formato heteronomamente *macroscópico*, tal qual se vê fazer na atualidade no âmbito das assim chamadas teorias da justiça e seus amplos modelos de sociedade. Lembremos, por conseguinte, que em direito, diferente do que se dá no pensamento político e na reflexão moral, assumido ele por certo em suas circunstâncias próprias, o labor e a resposta jurídica são operados – e também a normatividade que assim se produz – num feitio de *imanência microscópica*, isto é, o pensamento jurídico arranja seu vínculo social por meio de um trabalho imanente aos problemas-*casos* que então (historicamente) vai assumindo, bem como às decisões concretas passíveis de serem endossadas. Dessa forma, o justo no direito não se nos apresenta como a afirmação categórica de “uma justiça que não erra”, antes deixando-se em aberto àqueles que dele (do direito) se dispõem a dar cabo, manifestando-se no caminho que vai “da reflexão à decisão jurídicas”, como formação contínua do *juízo jurídico*: é nessa dimensão, ademais, que se torna possível pensar no encontro entre o justo e o metodológico ³⁸².

Na medida em que não se cuida aqui de esquadriharmos as mais coevas teorias da justiça a fim de lançarmo-nas por sobre o fenômeno jurídico, não é possível que concordemos em permanecer, especificamente no que toca uma reescrita da “teoria” do direito, nos marcos teóricos que organizam suas reflexões a dispensar essa intenção metodológica. Exemplo central desse olhar “não-metodológico” é, como veremos, aquele que se produz com o discurso da *nova hermenêutica jurídica*, isenta de quaisquer

dade de sujeito ético.” AROSO LINHARES, J. *Introdução ao pensamento jurídico contemporâneo. Sumários desenvolvidos*. Op.Cit., pp. 97

³⁸² “Chegados aqui, estamos em condições de entender o actual problema metodológico-jurídico – o verdadeiro problema da metodologia jurídica do nosso tempo. Dir-se-á, numa palavra que não é ele já um problema epistemológico, e sim um problema normativo. Não se trata apenas de enunciar os modos hermenêuticos e conceitual-sistemáticos concretos da determinação de um direito-dado ou de um direito-objecto, de um direito que objectivamente fosse ou que se manifestasse subsistente em si. Trata-se de considerar o problema normativo-jurídico da judicativo-decisória e problemático-concreta realização do direito, de definir os pressupostos, as condições e a dialéctica normativo-jurídicas do válido juízo decisório exigido por essa realização – de outra forma, o problema de constituir, pela mediação possível dos critérios das normas jurídicas positivas, mas convocando também sempre outros fundamentos normativos para além delas, uma válida ou “justa” (com justeza problemático-normativamente material) judicativo-decisória realização do direito – “realização”, que não mera a “aplicação”. O problema metodológico-jurídico é o problema da concreta realização do direito. E então esse problema (o problema da realização do direito) de que o normativismo se alheava ao reduzi-lo a uma mera aplicação, lógica e a posterior, sem significado normativo, é afinal, como já tínhamos observado, o verdadeiro problema. E mais: é ele o momento nuclear da constitutiva manifestação normativa do direito, já que a normatividade jurídica não se revela decisivamente senão nessa realização e através dela.” CASTANHEIRA NEVES, A. *O sentido actual da metodologia jurídica*. Op.Cit., pp. 130/131.

responsabilidade crítica. Fato é que, em direito, e em seu universo normativo como um todo, a metodologia efetivamente é um elemento *constituens* da juridicidade, e dessa forma participa, por assim dizer, da *essência do direito*. Por isso, o que se dirá é que se trata de caminharmos como que ao largo das dicotomias já referidas, sobretudo aquela que tangencia e empreende uma cisão entre os olhares *hermenêuticos* e *epistemológicos*, para tentarmos firmar o espaço em que uma metodologia jurídica reescrita deverá incorrer. Assim, se a história do pensamento ocidental (mas também a de sua ética) nos diz que aos hermeneutas coube o papel de compreender e dar sentido existencial e normativo ao mundo, ao passo que à epistemologia – como ciência das ciências – caberia alinhar a realidade a partir de uma *episteme* que não é *doxa*, mas verdadeira Ciência (como saber que se diferencia sob a epígrafe do científico), no que toca o direito e o respectivo *pensamento jurídico* parece-nos que essas dicotomias não se sustentam: no direito aparece mais claramente o sentido da metáfora da *paralaxe*, como que a salientar que o objeto-jurídico é sempre posto pelo próprio olhar do analista³⁸³. Em verdade, a *lente* do jurista tem por si só grande força (e potencial) normativa, não se encaminhando à realidade social sobe aquele feitiço dicotômico, ora subscrevendo uma normatividade ora uma descrição objetiva: o seu trabalho é sempre normativo, ainda que numa pretensão estritamente descritiva, de sorte que está constantemente a intervir e a modificar paisagem jurídica, mas também social e política.

Com isso, no entanto, não se está a dizer que o *Método* (como programa epistemológico) compõe a realidade jurídica, mas, antes, que a ocorrência jurídica está no todo dependente do enfoque (do olhar) que sobre ele se lance, estejamos ou não atentos e às voltas com questões metodológicas. De qualquer maneira, o que nos parece forçoso reconhecer é que *uma* dimensão metodológica (qualquer que seja) é de uma forma ou de outra partícipe dessa ocorrência. De sorte que também não se está aqui a dizer que as discussões epistemológicas e hermenêuticas não tocam as preocupações

³⁸³ Como insiste o pensador e teórico crítico esloveno, trata-se de percebermos que o que acaba por prevalecer nessa relação é a continuidade de uma *mudança paraláctica*: “A mudança é puramente paraláctica: menos uma mudança do objeto do que uma mudança de nossa atitude perante o objeto visto.” Páginas atrás, Žižek lança um exemplo esclarecedor: “A plasticidade do suposto sentido das obras de arte é quase infinita: na direção oposta do monumento à libertação de Budapeste, a sinfonia de Shostakovich (quinta ou sétima), que na estréia foi celebrada como exemplo perfeito do realismo socialista stalinista, é interpretada hoje como portadora de uma mensagem “dissidente” secreta de zombaria e subversão da ideologia comunista – o progresso gradual do ritmo mecânico da marcha à *la Bolero* do primeiro movimento da Sétima Sinfonia, que costumava ser interpretado como a descrição do avanço frio do exército alemão na Rússia, hoje é lido como descrição do progresso mecanicamente cruel do comunismo.” ŽIŽEK, Slavoj. *A visão em paralaxe*. Op.Cit., p. 199 e 206.

do jurista; e de outro lado, ademais, toda e qualquer preocupação do jurista tem efeito no direito em concreto. No que toca essa problemática de uma possível metodologia jurídica, a nova hermenêutica filosófica tem posição sem dúvida central, como veremos, sobretudo porque a realização jurídica sempre empreende algum *momento hermenêutico*, de modo a modificar (com suas re-compreensões) a paisagem jurídica. Lembremos, pontualmente, pois no desenvolvimento deste capítulo esse tema será mais alongado, do seu adágio das pré-compreensões e do círculo hermenêutico como momentos normativos infungíveis de qualquer interpretação. Esse momento hermenêutico não exaure, porém, a complexidade inerente à ocorrência da juridicidade, e isso deve restar-nos bastante claro, uma vez que ela não identifica suas especificidades tanto de método quanto de validade. Esse tema será tratado mais detidamente no correr deste capítulo.

Dessarte, o que se quer aqui aventar, sob o prisma paradigmático, porque de fato abre uma perspectiva e não uma teoria jurídica do olhar jurisprudencialista, é que, em direito, uma vez garantida sua juridicidade, é somente numa intenção metodológica que reside a possibilidade de se falar em um *justo jurídico*, não obstante essa dimensão não seja por si só garante³⁸⁴. Trata-se, entretanto, de um justo certamente mais coetâneo ao território característico da realização do direito (processualmente alocado no *tribunal*), de modo a se fortalecer a imanência de uma intencionalidade axiológico-normativa e metodológica específica. Como nos lembra *Karl Popper*, a história da humanidade e a *vida* como um todo se desenrolam tal qual experiências de prazer e dor, por meio de contínuos *processos de aprendizagem*, como que numa lógica de “tentativas e erros” frente à necessidade de cunharmos solução a problemas concretos

³⁸⁴ CASTANHEIRA NEVES, A. *O sentido actual da metodologia jurídica*. In. *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia, e outros*. Volume III, Op. Cit., p. 387: ““Natural” é conhecer, pelo que só quando o conhecimento se faz em si mesmo duvidoso ou aporético, a interrogação se dirige ao implícito e constitutivo *actus* do conhecimento enquanto tal. O mesmo se passa relativamente ao pensamento jurídico, no qual a problemática metodológica bem se pode dizer paralela à problemática gnoseológica que se tem suscitado no conhecimento em geral. Só nas *crises* do conhecimento o problema gnoseológico (e ainda epistemológico e metodológico) se tematiza elevando-se ao nível da *crítica* – só nas crises do pensamento jurídico o problema metodológico da realização do direito se autonomiza numa exigência crítica de compreensão refundamentante da juridicidade realizando e do *actus* que a cumpra. A dizer-nos isso que uma metodologia será afinal também um *crítica*.” Bem como, nesse sentido, e igualmente fulcral para o desenvolvimento deste capítulo: *Justiça e Direito*. In. *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia, e outros*. Volume I. Op. Cit., p. 241 e ss.

³⁸⁵. A fatal decisão jurídica também disso não escapa, e tampouco escaparia num “futuro regulado” ou tecnológica ou digitalmente concebido, e isso não obstante se amole ao fim uma tal metodologia jurídica que creia não haver quaisquer *áreas abertas*: perceba-se, portanto, que não é nesse sentido que deve caminhar a intenção metodológica do pensamento jurídico, isto é, no sentido de figurar uma solução final ³⁸⁶. Parece importante frisarmos, outrossim, e nessa mesma orientação, que no que se refere aos estudos jurídicos, especialmente à “teoria do direito”, não importa tanto a pergunta “*o que é o direito?*”, mas sim aquela que se questione acerca do *sentido material* que historicamente prevalece (e dele toma conta) em sua prática: é por isso que a normatividade jurídica tem tanta importância na diferenciação (e caracterização) social da juridicidade, o que uma metodologia tão só da decisão não parece apreender. Nessa toada, igualmente importante é assentarmos que esse “sentido material” opera, de sua parte, a função de determinar os assim chamados “problemas jurídicos”, o formato do “labor do jurista”, bem como suas “decisões concretas”: todo esse processo pode por certo desembocar em equívocos e verdadeiros erros, de modo que o que de fato se impõe ao jurista é admitir uma postura crítica – consciente, como diria *Popper* – que permita revê-los a cada novo problema, *caso a caso* ³⁸⁷.

³⁸⁵ “Os organismos são ativos: estão constantemente ocupados em solucionar problemas. A vida consiste em solucionar problemas. A solução é, com frequência, a escolha ou a construção de um novo nicho ecológico. Os organismos não são apenas ativos; sua atividade está em contínuo crescimento. (Querer negar a atividade aos humanos – como fazem os deterministas – é paradoxal, especialmente em relação a nosso trabalho mental crítico.) (...) A solução de problemas, a invenção nunca são *totalmente* conscientes. Sempre se realizam por experimentação: por tentativas e pela eliminação de erros. E isso significa: pela interação entre o organismo e seu mundo, seu entorno. (...) Pela experiência do prazer e da dor, a consciência auxilia o organismo em suas jornadas de descoberta, em seus processos de aprendizagem.” POPPER, Karl. *Em busca de um mundo melhor*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 31/33.

³⁸⁶ É o que se lê, no original, em MARTIN KRIELE: “Die Dezision wird korrigiert oder ergänzt. Aber auch die neue Dezision ist vielleicht nicht endgültig, zumindest werden immer weitere Verfeinerungen möglich sein. In diesen ständigen Prozeß des Wechsels von Kontroverse und Entscheidung, von Reflexion und Dezision kann das Recht auf die Gerechtigkeit zuschreiten, solange man es darauf anlegt, das Recht an den Allgemeininteressen oder unparteilich an den jeweils fundamentalen Interessen zu orientieren.” KRIELE, Martin. *Theorie der Rechtsgewinnung*. Op. Cit., p. 193.

³⁸⁷ Daí a necessidade de colocarmos o jurista constantemente às intempéries da vida social, como salienta Aroso Linhares: “Insistindo na urgência prático-cultural de expor o jurista *encore à faire* a esta mediação-testemunho – e simultaneamente na exigência de não o precipitar assim no abismo de uma complexidade indominável (que a perverteria irrecuperavelmente aquela urgência e as intenções que a conduzem!) –, uma palavra final leva-nos a insistir no problema da seleção (-concentração) dos diálogos-confrontos *a ter em conta*, que é também e antes de mais o do modelo ou dos modelos de identificação-distribuição dos interlocutores indispensáveis. Como se se tratasse de, ao testemunhar o espectro de possibilidades-caminhos com que estes interlocutores nos interpelam, agrupar-distribuir tais caminhos (e os recursos mobilizados) em função das afinidades que vão construindo (e que assim mesmo os responsabilizam). O que é ainda experimentar um diagnóstico-*mapping* e o processo de simplificação-concentração a que este nos expõe.” AROSO LINHARES. J. *Introdução ao pensamento jurídico con-*

Se, como têm dito *Castanheira Neves* e *Aroso Linhares*, ao travarmos encontro com o direito estamos diante de fenômeno que opera sua reflexão e realização concreta como que numa “convergência integrante” de duas dimensões: uma *dimensão de validade normativa* e uma *dimensão metodológica*, de modo a se nos demandar um olhar que ao trabalhar em duas frentes opere um “movimento único”, não podemos deixar de ver aí uma específica dialética, como já chamamos atenção ao final do capítulo anterior³⁸⁸. Dialética essa que se inscreve de modo implacável na concepção de direito, e seu *modus operandi* – e, assim, do justo jurídico –, que aqui estamos a perfilar. As aporias e problemáticas institucionais, mas também reflexivas que então se colocam ao jurista dizem respeito, portanto, não tanto ao “como interpretar” as propostas normativas (aqueles dados-preceitos que lhe chegam historicamente) quanto ao “como fazer valer” juridicamente – enquanto “validade do direito”³⁸⁹ – um discurso normativo e um projeto de juridicidade frente a outros tantos também passíveis de serem vinculados na decisão jurídica. Essa, perceba-se, a aporia que se nos apresenta quando abrimos os olhos para o diferendo, aporia essa que somente a reabilitação da filosofia, e no âmbito específico do direito (podemos dizê-lo), parece nos permitir ultrapassar.

Não é à toa, ademais, que se passe a falar no âmbito das reflexões jurisprudencialistas da qualidade de uma *vocação integradora* do pensamento jurídico, como

temporâneo. Sumários desenvolvidos. Op.Cit., p. 04. Aqui se encontra o porquê da necessidade de um pensamento jurídico que se postule em transversalidade, categoria que será mais à frente, ainda nessas notas introdutórias, referenciada.

³⁸⁸ “Ao fim, nessa nossa caracterização estrutural do sistema jurídico conforme o horizonte jurisprudencialista, temos uma terceira dimensão, a realidade jurídica, onde, de fato, o direito se realiza. Originando-se dos problemas práticos de nossa existência, estabelece a construção histórica do direito. portanto, manifesta a abertura histórica e problemática do fenômeno jurídico, realizando o direito pela via dialética, entre o problema e a axiologia, que vai pressuposta na normatividade jurídica.” MELGARÉ, Plínio Saraiva. *Juridicidade: sua compreensão político-jurídica a partir do pensamento moderno-iluminista*. Op.Cit., p. 150.

³⁸⁹ “Uma função judicial é, pois, a *instituição de poder* de que o direito necessita para se impor. Mas não bastará só ela, nem poderá cumprir validamente a sua missão se não se apoiar e não dor esclarecida por uma *instituição crítica* – aquela crítica que explicita e fundamenta o próprio projecto comunitário do direito. e já vimos que essa é a função do jurista em geral. Só que temos por certo que o jurista e não poderá cumprir se não lograr também ele impor-se institucionalmente, já que o *jus respondendi* pessoal não é mais do nosso tempo – penso nas instituições de juridicidade que são as universitárias Faculdades de Direito, com a intencionalidade axiológica e crítica que deve ser, incondicionalmente, a sua.” E mais à frente: “(...) queremos apenas sublinhar o que ficou já evidente – que o pensamento jurídico está assim investido numa intenção normativa de que se não pode desempenhar sem assumir ele mesmo *com autonomia* o próprio *problema normativo do direito*.” Para assim concluir: “Pois ao serviço de uma ideia dinâmica de justiça que se deverá realizar histórico-concretamente, o pensamento jurídico deixa de ser um esquema inteiramente dependente de um *jus normatum*, para ser acto cooperante de uma *justitia normans*.” CASTANHEIRA NEVES, A. *O papel do jurista do nosso tempo*. In. Digesta III. Op.Cit., p. 47 e 49.

que a lembrar-nos que em verdade esse pensamento opera na juridicidade espécie de adiantamento *crítico* (enquanto compreensão e experimentação práticas de respostas a problemas concretos) da *axiologia* que a comunidade jurídica organiza como sua e volta às suas decisões ³⁹⁰: a noção de agenciamento, cunhada por *Deleuze*, parece-nos aqui bastante venturosa. Seja como for, ao seguir esse caminho, a comunidade jurídica opera sua reflexão no plano de uma “validade jurídica”, assentando alguma autorreferencialidade e, assim, auto-transcendentalidade prática e cultural do e no direito ³⁹¹. É aí, nessa instância “reflexivo-imanente”, que se coloca a possibilidade de um *justo jurídico*, não especificamente como intenção de enquadramento teórico da sociabilidade – isto é, não se alocando num estudo quanto ao “como cumprir uma norma de justiça” –, mas como reflexão incessante em torno de uma realidade problemática: ou seja, no tratamento contínuo que o pensamento jurídico dispensa aos problemas jurídicos.

Para essa perspectiva não está em questão tanto como deve o homem agir e pensar para que se concretize uma norma abstrata de justiça, tampouco como elaborar (previamente à ação) referida norma: não se trata, portanto, de uma “justiça moral”. Antes o que está em jogo é a própria práxis do jurista e o seu trabalho de resolução dos assim chamados *problemas jurídicos*: cuida-se então de, uma vez assumido esse olhar acerca do justo, pensarmos como pode o jurista melhor resolver os seus problemas, tanto passados como futuros, e especificamente no âmbito em que lhe cabe atuar, qual seja o do tribunal e do processo ³⁹². Trata-se de instaurar, portanto, um “modo de pensar” que permita ao jurista abandonar a ideia ainda hoje em ressonância de que é pos-

³⁹⁰ Ainda que preocupado especificamente com a *legitimidade* do direito, o que o leva a outros ares, JÜRGEN HABERMAS não deixa de identificar essa comunidade como relevante – e disso também trataremos mais à frente. Diz ele: “Na verdade, a justiça e honestidade dos acordos se medem pelos pressupostos e procedimentos que precisam, eles mesmos, de uma justificação racional e até mesmo normativa sob o ponto de vista da justiça. Diversamente do que se dá com questões éticas, as questões de justiça não estão relacionadas desde a origem com uma coletividade em particular. O direito firmado politicamente, caso se pretenda legítimo, precisa ao menos estar em consonância com princípios morais que reivindicuem validação geral, para além de uma comunidade jurídica concreta.” HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro: estudos de teoria política*. São Paulo, Loyola, 2004, p. 285.

³⁹¹ “Mais do que celebrar a vocação integradora (de *sentido comunitário*) que a resposta direito assume – enquanto participa da *práxis-poiesis* de um integrante *mundo humano* –, trata-se com efeito de reconhecer a especificidade do *commune* que esta resposta constrói... e o *modo* ou *forma de vida* que este nos incita a prosseguir... e que assim mesmo (e enquanto tal) deverá cruzar-se e *inter-relacionar-se* com outras identidades colectivas e outros horizontes de integração (sociais ou comunitários).” AROSO LINHARES, J. *Introdução ao pensamento jurídico contemporâneo*. Op.Cit., p. 98.

³⁹² “O direito como um <<projecto>>-procura prático-culturalmente <<situado>> (a procura de um *homo humanus*) de autonomia e responsabilidade e do equilíbrio dialéctico que o constitui): um equilíbrio que os diferentes ciclos históricos e os diversos contextos prático-culturais (na sua teia de factores condicionantes) irão compreender e experimentar (mas também estabilizar-institucionalizar) em termos muito diferentes.” Ibidem, Idem.

sível firmarmos uma “unilateralidade normativa” (essa a crença monista), a fim de abriremos passagem no campo jurídico a percepções e apreensões disso que se quer chamar as *faces da justiça* – parafraseando *Paulo Ferreira da Cunha* ³⁹³. A dificuldade que então se instaura é imensa, e isso não se nega. Acontece que nos parece cada vez mais urgente admitir, como se faz sob o espectro jurisprudencialista, que o direito não é mero instrumento, de modo que não precisa ser pensado como um simples meio para fins outros. Ademais, não se deve perder de vista que aquele que vislumbra o direito como instrumento não está preocupado propriamente com o direito, senão que com a prevalência da sua própria perspectiva de *bem* ou de *justo*. Em suma, sua preocupação é tão só consigo mesmo.

De outro lado, os olhares instrumentalistas ou simplesmente funcionais tendem a aparecer sempre no plural, como o *diferendo* nos permitiu perceber, de sorte que a dificuldade de escolher entre um e outro afirmaria, em última instância, a absoluta impossibilidade da justiça (e assim se dá se nos restringirmos à discussão das atuais teorias da justiça, sobretudo no embate entre *liberais* e *comunitaristas*). Isso porque, como é evidente, a justiça desde sempre se nos apresenta com diversas faces (e de forma crescente, haja vista a dita hiper-complexidade social – como frisamos no capítulo precedente), jamais como uma só ³⁹⁴. Ocorre que diante do caso concreto será necessário ao jurista tomar uma decisão e operar uma escolha, de tal modo que nesse ato acabe se firmando alguma dessas perspectivas de justiça. Daí a necessidade, saliente-se, de darmos um passo à frente e rubricarmos de uma vez por todas um espaço especí-

³⁹³ E, como enceta o autor do *Digesta*: “Trata-se do que se poderá considerar o *consensus omnium* ou a normativa *conscience publique* da comunidade de que se trate e em que será lícito ver como que o costume ético-social da mesma comunidade, posto que porventura a diferenciar-se em função dos grupos sociais a que vai referido - desde os grupos econômicos, profissionais, científico-técnicos, artísticos, religiosos, etc., até à sociedade em geral – e lhes prescreve os seus padrões de acção ou modelos de comportamento inter-relacional, já no seio do grupo, já perante outros grupos ou a sociedade também em geral, e permite ajuizar dessas acções e desses comportamentos como válidos, correctos, exigíveis, razoáveis, aceitáveis, etc – como a conduta social correcta dessa categoria ou dos “tipos normais” desses grupos. Nestes termos se invocarão, p. ex., os “usos do comércio”, se faz referência ao *diligens pater familias*, à “concorrência leal”, à “informação permitida” (...), aos “bons costumes” (enquanto tipicidade social eticamente aprovada)” CASTANHEIRA NEVES, A. *Metodologia Jurídica. Problemas fundamentais*, Op.Cit., p. 280 e ss.

³⁹⁴ “Descobrir no tempo do dizer (ou neste reconduzido a um princípio da heteronomia) a perspectiva condutora não significa com efeito apenas ter a oportunidade de reconhecer em bloco o *tempo do dito* e os problemas de comparação (de incomparáveis) que nele se acumulam e sobrepõem (*cette incessante correction de l’assymétrie de la proximité*). Significa ainda (paradoxalmente) circunscrever as possibilidades de especificação-autonomização de cada um dos processos em causa e muito especialmente reduzir os contextos de significação (e de realização) permitidos. Uma redução que afeta a compreensão do direito? Importa reconhecê-lo.” AROSO LINHARES, José Manuel. *O dito do direito e o dizer da justiça*. In. Entre discursos e culturas jurídicas, Coimbra: Coimbra, 2006, p. 207

fico para a consideração do justo no âmbito do direito, destinado que é a realizar a *apetência do justo*, em todas as suas facetas: como já dissemos, mas parece sinceramente conveniente repetirmos, esse espaço se encontra na dinâmica e nos ritos do processo e do tribunal, com a imanência reflexiva do pensamento jurídico. É assim que nos retiramos, afinal, daquela estrutura do diferendo, mas sem a ignorarmos em sua infinidade de possíveis justiças.

Dito isso, podemos dar um passo a frente, embora ainda se trate de um passo introdutório que visa organizar a temática em questão, bem como a perspectiva que sobre ela lançamos, que mais a seguir pretendemos trabalhar. Esse passo prévio nos indica uma categoria nova, mas já definitivamente incorporada pelo pensamento jurídico contemporâneo e por nós referida, qual seja a de *racionalidade transversal*. Diante da variedade de possíveis caminhos e justamente porque há hoje diversos dizeres da justiça, a noção de transversalidade ganha vulto também no âmbito jurídico ³⁹⁵, salientando a necessidade de nos mantermos atentos às práticas e às intenções normativas que hoje se dirigem a agenciar o direito. Diremos que a noção de transversalidade indica ao jurista essa necessidade de atenção, como que a desenhar a sua caminhada por entre uma “estrutura da diferença”, lembrando-lhe que não se lhe impõe tão só um mapa dessa caminhada, mas uma série de diferentes mapas e diferentes leituras: em suma, uma série de traduções da realidade social e normativa. Uma vez que as decisões jurídicas – mormente aquelas que ganham relevância reflexiva – se realizam plasmando alguma (ainda que num “relativismo de valores”) perspectiva de justiça, sem esquecermos ainda que a normatividade que então se manifesta decorre de um ambiente inevitavelmente plurívoco, essa transversalidade do justo quer salientar, como veremos no final deste capítulo, uma aposta na ideia de *conversações institucionais* – espécie de conversação entre diferentes pensamentos –, como tem dito *Marcelo Neves* em sua visão transversal da racionalidade do constitucionalismo contemporâneo, sem podermos deixar de citar o famoso livro de *Deleuze*, intitulado *conversações*.

Sendo assim, já é possível seguirmos com a exposição do tratamento que pretendemos dar ao nosso tema, impondo-se, porém, que façamos uma última nota, depois

³⁹⁵ A ideia de *razão transversal* foi cunhada por WOLFGANG WELSCH, já mencionado no capítulo anterior, e chega ao pensamento jurídico sob a pena de AROSO LINHARES. Com ela tem trabalhado, além do jurista português, também, e agora no Brasil, MARCELO NEVES. Esse conceito serviu para que este último cunhasse na literatura brasileira a expressão *transconstitucionalismo*. Nesse sentido, cfr.: MARCELO NEVES. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

da qual poderemos seguir adiante. Isso porque deve restar no todo claro uma premissa da qual já lançamos mão noutras passagens, mas ainda não a referimos neste capítulo que se abre: a noção de justo que ora se expõe vai como que dependente da noção de “terceiro decididor”, como aquele que se coloca diante de um problema jurídico e leva a cabo sua resolução por meio de uma decisão. Em verdade, a problemática jurídica se abre no momento em que isso fica claro, não findando certamente com a mera identificação dessa questão, mas abrindo-se ao pensamento jurídico como verdadeiro “problema do direito”. O *ato de julgar* – bem como a reflexividade que lhe é imanente ³⁹⁶ – é, portanto, nosso ponto de partida: não é à toa que acabamos identificando o espaço específico da realização do direito na instância do tribunal e de seus ritos processuais ³⁹⁷. Fato é que a aparição social do direito não se dá *ex nihilo*, de modo que a intervenção daquele “terceiro decididor”, guiado que é em sua *apetência ao justo*, a qual em verdade exsurge diante de um “perceber o injusto”, tenciona sua decisão concreta a fim de instaurar uma nova realidade social, agora isenta da problemática que antes a acometia. De sorte que não é difícil inferirmos – e de certa forma *Paul Ricoeur* já o fez – que o verdadeiro *sujeito do direito* não é aquele que detém para si um “direito subjetivo”, ademais garantido em abstrato também pelas teorias da justiça, como veremos, mas sim aquele que ao perceber consigo uma situação de injustiça intenta solucioná-la, assumindo para tanto uma “responsabilidade reflexiva”. É nessa intervenção – caracterizada não apenas por sua inevitabilidade, mas pelo sentimento de obrigatoriedade – que se funda a *societas* como devir institucional e reflexivo ³⁹⁸. Sem essa apetência,

³⁹⁶ Seguindo a esteira da terceira crítica de Kant (a crítica do juízo) e tendo com isso percebido essa “imanência reflexiva ao ato de julgar”, que é afinal sempre uma *decisão reflexiva*, Paul Ricoeur pontua: “Eu diria que, no juízo reflexivo da terceira Crítica kantiana, se acumulam os três traços distinguidos por estas três disciplinas: probabilidade, subsunção (ou aplicação) e inovação. Então, o terceiro teorema da concepção do justo exposta nos estudos deste volume é que o senso da justiça, que se mantém enraizado no querer a vida boa e encontra a formulação racional mais ascética no formalismo procedimental, só chega à plenitude concreta no estágio da aplicação da norma no exercício do julgamento em situação.” RICOEUR, Paul. *O Justo I*. Op.Cit., p. 18.

³⁹⁷ “É essa justa distância entre os parceiros defrontados, próximos demais no conflito e distantes demais na ignorância, no ódio e no desprezo, que resume bem, a meu ver, os dois aspectos do ato de julgar: por um lado, deslindar, pôr fim à incerteza, separar as partes; por outro, fazer que cada um reconheça a parte que o outro toma na mesma sociedade, em virtude da qual o ganhador e o perdedor do processo seriam considerados como pessoas que tiveram sua justa parte nesse esquema de cooperação que é a sociedade.” RICOEUR, Paul. *O ato de julgar*. Op. Cit., p. 181.

³⁹⁸ Sobre o olhar que diz que “a essência do fenômeno jurídico é a apetência natural de cada homem para intervir como juiz, como terceiro imparcial”, conferir: DA CUNHA, Paulo Ferreira. *Constituição, Direito e Utopia. Do jurídico-constitucional nas utopias políticas*. Coimbra: Coimbra. 1996, pp. 53/67. Desde já, trata-se de referência à obra do hegeliano ALEXANDRE KOJÈVE, especificamente seu *ensaio de fenomenologia do direito: Esquisse d’une phénoménologie du droit*. França: Gallimard,

com efeito, não haveria hoje que se falar em direito, tampouco em pensamento jurídico, tribunal ou processo de realização jurídica, mas certamente que também não falaríamos de mais nada, de modelos de sociedade, de controle de legitimidade das instituições sociais, com o que também perderiam sentido quaisquer teorias da justiça.

Feitas essas observações, que, embora tenham se alongado um tanto mais do que se imaginava, cumprem apenas função introdutória, adiante seguimos no sentido por elas indicado, de modo que, como dissemos, trata-se de perquirir, num primeiro momento, acerca da atualidade – a informar-nos quanto à conveniência ou não do estreitamento – da relação entre *direito* e *filosofia*. Com isso, intenta-se, também, pontuar qual é o espaço que caberá ao pensamento filosófico no âmbito da realização do direito³⁹⁹. Esse caminho se faz inevitável, como argumentamos, na medida em que optamos aqui por trabalhar, sempre sob um olhar *jurisprudencialista*, uma inevitabilidade epistêmica central para a “teoria do direito”, cuja assimilação assegura a “continuidade reflexiva” a que estamos chamando atenção, como já disse *Karl Engisch*⁴⁰⁰. É sob esse horizonte de “continuidade reflexiva” que as discussões metodológicas podem se conectar com as preocupações normativas e críticas, bem como os problemas concretos da ocorrência do direito com as problemáticas infindas das teorias da justiça. Desde logo, podemos adiantar que o direito e o pensamento jurídico, assumidos como esta-

1981. Neste livro, à página 194, lê-se: “Or l’idée de Justice se réalise par son application à des interactions humaines, c’est-à-dire dans et par le Droit qui se concrétise dans a par l’action du Juge. Le plaisir spécifique (et spécifiquement humain) que’on éprouve à être Arbitre témoigne de l’existence de l’homme d’une idée *sui generis* qu’il tend à réaliser. Et c’est cette idée que nous appelons l’idée de Justice, tandis que sa réalisation s’appelle le Droit.”

³⁹⁹ “As proposições de direito desempenham um papel importante numa rede complexa de tais pressupostos e crenças, e o sentido de que se investem provém desse papel. Trata-se, evidentemente, de uma questão de importância prática fundamental saber se os critérios morais (...) estão entre os critérios que os juízes e outras autoridades devem usar para decidir quando essas proposições são verdadeiras. (...) É importante decidir se os critérios morais se encontram em alguma ocasião – e, se assim for, quando – entre as condições de veracidade das proposições de direito: as condições que devem vigorar para que tal proposição seja verdadeira. Isso é particularmente importante nas comunidades políticas como a nossa, em que importantes decisões políticas são tomadas por juízes dos quais se espera a responsabilidade de decidir apenas quando proposições de direito verdadeiras assim o exigem ou autorizem. Nessas comunidades, é particularmente importante saber se e quando os juízes recorrem à moral para decidir quais proposições são verdadeiras.” DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 05.

⁴⁰⁰ Sobre essa relação entre *pensamento jurídico* e *filosofia do direito* – ou, apenas, pensamento filosófico – ver acima a nota número 23, que indica alguns de seus aspectos, sob o crivo de Karl Engisch. Em *Introdução ao Pensamento Jurídico*, Engisch trabalha essa temática, salientando as diferenças de cunho metodológico entre essas duas espécies de enfoque do direito. Aqui, como já enunciado, visamos frisar a relação inequívoca entre ambos, aceitando porém suas diferenças, o que demanda, entretanto, passemos por essa discussão acerca da relação entre “filosofia do direito” e “direito propriamente dito” – ou, ainda, entre filosofia e pensamento jurídico.

mos a assumi-los, isto é, como contínua reflexão concreta (essa a *decisão-judicativa*)⁴⁰¹, não admitirá uma sua redução a lucubrações teóricas que persistam em apreender a realidade social a partir dos grandes modelos de sociedade e de justiça⁴⁰², incorrendo nessa significação do direito (compreendido ainda como *função*) tanto a proposta liberal e universalista como a comunitarista^{403 404}.

3.1. O Direito e as Justiças: continuum de descontinuidades.

⁴⁰¹ Nesse sentido, são implacáveis as asserções de *Machado Baptista*, teórico este que, não obstante percorra um devir reflexivo fortemente marcado pelas questões da hermenêutica, aloca-as num horizonte de intenção ao justo: “É que o discurso jurídico é normativo ou preceptivo em si mesmo: não vai ordenado ao *conhecimento*, mas à decisão, não visa diretamente a concatenação dos factos nem o fim de realizar um paradigma ideal de sociedade. Visa, antes, muito mais modesta e pragmaticamente, a descobrir as decisões rectas ou justas no presente estado da Sociedade e no contexto vinculante das normas vigentes, a implantar a normatividade possível na presente conjuntura social, a fim de resolver conflitos, evitar ruptura, assegurar a base de organização e de ordem sobre a qual se poderá ir construindo, ao longo de um percurso histórico de persuasão e mudança do consenso comunitário, um modelo qualitativamente superior de sociedade. As análises da sociologia normativa podem comandar o discurso da política jurídica (política legislativa), mas não o discurso da Jurisprudência.” MACHADO BAPTISTA, João. *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, p. 271/272.

⁴⁰² “No nível da história dos povos, assim como no dos indivíduos, a contingência das peripécias contribui para o significado global da história contada e para o significado de seus protagonistas. Esse reconhecimento implica desfazer-se de um preconceito referente à identidade reivindicada pelos povos sob a influência da arrogância, do medo ou do ódio.” RICOEUR, Paul. *O Justo*. Op. Cit., p. 24.

⁴⁰³ Referindo-se às “teorias da justiça” liberal e comunitarista, *Castanheira Neves* é, não obstante perceba a importância política de tais reflexões, sobretudo no que toca a reescrita das teorias do estado democrático de direito e do constitucionalismo hodierno, implacável no que toca a necessidade de um pensamento do direito: “Não há que prosseguir esta árida referência às “teorias da justiça”, todas diferentes entre si, se nem sempre na perspectiva global, pelo menos em um ou outro ponto fundamental, e toda também teorias políticas de justiça ou teorias de justiça em perspectiva política. O que nos importa considerar é que em nenhuma delas o problema do direito é autonomizado no seu sentido próprio e na sua problemática específica. Em todas elas, para além da liberdade (o valor da liberdade) na sua autonomia, se não na sua prioridade, mas sempre em relação à igualdade, se referem a direitos (os fundamentais e outros) (...), se convoca a legislação, uma sistema de leis (regras) segundo um qualquer postulado processo constitucional de prescrição, se pondera a importância da função judicial, na sua imprescindível tarefa de “aplicação” das leis e da resolução concreta dos conflitos, mas tudo isso, e as mais das vezes sem ultrapassar o sentido comum e dominante dessas referências, enquanto elementos ou meios de realização da justiça (política) ou do modelo de sociedade postulados, sendo essa justiça e esse modelo verdadeiros a priori para a compreensão e determinação daqueles elementos, os quais se manifestam assim como funcionais variáveis dependentes de uma concepção política da sociedade – verdadeiramente de uma política.” CASTANHEIRA NEVES, A. *A Crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia*, Op.Cit., pp. 96/97.

⁴⁰⁴ Na esteira de uma reatualização de Hegel, e em oposição a uma concepção estreitamente kantiana de justiça, de sorte que sua crítica encaminha-se também a *Rawls* e, de certa forma, a *Habermas*, para compreender a proposta de AXEL HONNETH, conferir: HONNETH, Axel. *Sufrimento de Indeterminação: uma reatualização da filosofia do direito de Hegel*. São Paulo: Ed. Singular, 2007, e, pontualmente, na página 67, lê-se: “(...) a requisição da categoria do direito exige que ele forneça argumentos racionais para a legitimidade ou fundamentação das ‘pretensões de existência’ das diferentes esferas sociais. Esses argumentos (...) devem ser justificados na forma de uma ‘apresentação’ das condições necessárias para a autorrealização individual; e o critério de uma tal justificação ‘descritiva’ (...) é fornecido pelo princípio da insubstituibilidade quanto à possibilitação social de autodeterminação individual.”

a) A crise do sentido e da autonomia do pensamento na suposta consumação pós-metafísica.

Diante do que se disse até aqui, parece-nos claro que uma apreensão coetânea da relação (e os seus *porquês*) entre *pensamento jurídico* e *teorias da justiça* (a inferir a pertinência ou não de um empenho teórico pela autonomia normativa de uma “teoria do direito” na atualidade), especificamente sob o espectro a que estamos a chamar atenção, demanda que se percorra um caminho um tanto longo e por vezes não tão simples. Essa caminhada não pode abrir mão, *ad exemplum*, de uma paragem na esfera que corresponde às querelas hermenêuticas e epistemológicas no pensamento ocidental, uma vez que se articula (referida caminhada) por sobre mapas cujas premissas, uma vez inexplicadas, têm condão de degenerar de sentido sua conclusão. É por isso que neste primeiro ponto – como que num primeiro passo – traçamos alguns comentários, ainda que breves, acerca da conveniência ou não (na atualidade) de uma assunção das lucubrações do pensamento filosófico enquanto instância de aprendizado das considerações arquitetadas pelo pensamento jurídico. Trataremos nesse esteio da assim chamada “crise da filosofia” (do pensamento pós-metafísico ou mesmo *pós-filosófico*) e sua ultrapassagem pela rearticulação jurídica da “filosofia prática”. Convocaremos, então, o intento da “nova hermenêutica”, que, no entanto, se nos mostrará como que a tapar o sol com a peneira, de modo que, esclarecido isso, nos encaminharemos às convenções da “filosofia política” e suas “teorias da justiça” mais coevas. Desde logo, fique claro que também aí não encontramos aquilo que efetivamente nos interessa, isto é, a pertinência de um *justo jurídico*, restando-nos ao final a assunção já anunciada de uma tentativa de *reescrita autônoma* do pensamento jurídico num intento metodológico como fórmula mais atenta (porque a elas imanente) às problemáticas jurídicas: com isso, deve ficar clara a necessidade de termos de nos retirar do diferendo como resposta de rearticulação da filosofia no pensamento jurídico.

Dessarte, podemos seguir com o que de fato nos interessa. E, sendo assim, seguindo como enunciado, ponto que não pode escapar ao jurista mais atento, mormente na atualidade, diz respeito com a presença cada vez mais frequente das referências às teorias da justiça e à filosofia política no âmbito do direito (especialmente no direito constitucional), bem como com a centralidade que tais referências têm tomado no campo que antes fora reservado às assim chamadas “teorias do direito”. Isso se deve,

em certa medida, a uma razão bastante pontual: toda tentativa teórica de seguir os passos da ocorrência jurídica num feitio mais afeito ao dito “pós-positivismo” – ou simplesmente *pós-normativista* –, a salientar algumas aproximações que antes eram negadas à reflexão jurídica, como a ideia de “correção moral do direito”, almeja em última análise reafirmar aquilo que até então (no âmbito do normativismo jurídico) não se admitia ⁴⁰⁵. Assim como se fizera com o *societas* (enquanto categoria teórica), também a *justiça* – e a reflexão que dela quisesse curar – fora como que afastada do campo das problemáticas então concebidas como jurídicas. Assumidos os pressupostos dessa pensada corrente (o normativismo jurídico), a conquista da autonomia do direito restava no todo dependente da exclusão peremptória, do âmbito da reflexão jurídica, dessas categorias e respectivas tematizações ⁴⁰⁶. Não caberia ao pensamento jurídico envidar suas inferências e concepções teóricas a partir de tais categorias: já o vimos, tão só a análise do direito-objeto se fazia premente. Acontece que, nessa toada, fez-se forçoso que também a filosofia fosse mantida à distância do pensamento jurídico – que então se vê alçado à condição astronômica de *Ciência do Direito*. Instaura-se com isso espécie de “espaço vazio” ou “vácuo categórico” ali onde hoje queremos perceber uma continuidade normativa inafastável: isto é, ali onde percebemos o elo que liga direito e justiça (e, afinal, a possibilidade de reabilitação da filosofia especialmente no direito), bem como *Sein und Sollen*. Essas, portanto, as consequências centrais da *institucionalização teórica* do normativismo jurídico e sua intenção de “autonomia cognitivista”, afastando-se do pensamento jurídico um viés jurídico do justo ⁴⁰⁷.

⁴⁰⁵ Conferir, por todos: ALEXY, Robert. *Conceito e Validade do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, pp. 41 e seguintes.

⁴⁰⁶ Para um estudo da apreensão do conceito de justiça como “validade formal” (escalonada), isto é, uma *compreensão relativista da justiça*, a dispô-la como simples dinâmica do direito positivo (direito-objeto), e não aceitando qualquer visão conceitual ou de valor, Cf.: KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, especialmente: p. 114/115: “Deixados em apuros pelo relativismo sentem-se todos aqueles que não querem tomar para si esta responsabilidade, que desejam alijar-se pondo-a a cargo de Deus, da natureza ou da razão. Em vão se voltam para o direito natural. Na verdade, quando se trata de efetuar essa escolha ou opção, as diferentes doutrinas do direito natural são respostas tão variadas e divergentes como o positivismo relativista. Elas não poupam o indivíduo, não o libertam da responsabilidade da escolha. Porém, cada uma destas doutrinas jusnaturalistas dá ao indivíduo a ilusão de que a norma de justiça que ele escolhe ou pela qual opta provém de Deus, da natureza ou da razão, pelo que é dotada de validade absoluta, excluindo a possível validade de um norma de justiça que a ela se oponha ou contradiga – e, por esta ilusão, muitos fazem um total *sacrificium intellectus*.”

⁴⁰⁷ Perceba-se que com isso não se está a afirmar que no âmbito do *normativismo jurídico* não haja qualquer reflexão em torno da justiça (o que seria um equívoco), sobretudo porque deve ficar claro que mesmo uma *concepção relativista de justiça* não deixa – por óbvio – de ser também ela uma concepção de justiça. De outro lado, não nos esqueçamos que por trás desse relativismo, e aqui estamos a pensar sobretudo em *Hans Kelsen*, há um carregado elogio à noção de *democracia*. De sorte que, ainda

Ocorre que o contexto histórico e social, de um lado, e os desenlaces reflexivos e culturais, de outro, não tardaram a alterar radicalmente a dinâmica da prática jurídica (carregada, diga-se de passagem, na esteira que o pensamento jurídico então armava), bem como a rasgar as premissas teóricas de sua institucionalização cognitivista⁴⁰⁸. E é aí, nesse momento de *mudança paraláctica*, portanto, que se dá a como que implacável abertura ante as premissas do normativismo jurídico: e de forma primacial, como já dissemos, aquela que cinde e aloca em lados opostos *Sein und Sollen*. Com isso, tanto a referência categorial à *societas* quanto a consideração do *justo* e da justiça passam a se fazer cogentes àquele que se vê às voltas nos estudos jurídicos. As premissas que mantinham essas categorias como que apartadas – destinadas cada qual a um seu exclusivo especialista –, uma vez ausentes de vigor, de fato impõem ao jurista uma nova forma de trabalhar, bem como novo pensamento que ordena olhe-se para os lados a fim de bem compreender esse trabalho.

Daí, ao que nos parece, vir bem a calhar a metáfora da *convalescença jurídica*, de certa forma corrente no pensamento filosófico (pôde-se lê-lo, por exemplo, em *Nietzsche* quando trata o filósofo tal um médico da cultura), como que a sublinhar a necessidade de recuperarmos continuamente um tratamento mais adequado à juridicidade e aos estudos jurídicos, sem descurar da realidade que lhe comprime. Nessa toada, e assumindo o direito pós-normativista como que *gravemente problemático* (haja vista a ruptura a que nos referimos), tanto no seu sentido material na atualidade quanto em sua normatividade própria, não nós é difícil perceber na filosofia (e especialmente na filosofia do direito) essa espécie de “instância última de aprendizado”, seja em sua frente-intenção estritamente compreensiva quanto em sua frente-intenção já mais críti-

que o normativismo quisesse – se é que o quis – negar a relação entre direito e justiça, afastando daí aquela continuidade que estamos referindo, ainda assim a estaria a afirmar (quer dizer, estaria a afirmar aquela continuidade). Fato é, portanto, que a concepção de uma *validade formal* – decorrente em última instância da diferenciação fulcral entre os princípios da *causalidade* e da *imputação* – carrega fortes preocupações de cunho político acerca da democracia e da constituição. Conferir: Kelsen, Hans. *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Nesse sentido, conferir também: PALOMBELA, Gianluigi. *Filosofia do Direito*. Op.Cit., pp. 161/179.

⁴⁰⁸ Daí a *perplexidade* daquele que se dispõe a pensar a autonomia do direito na atualidade. E não é sem razão, entretanto, que assim se inicia o “*a crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia*”: “Dúvidas profundas sobre o sentido do direito no nosso contexto histórico-social e cultural, com quebra do modelo tradicional e dominante da normatividade jurídica, e a provocarem forte perplexidade pela opção necessária entre perspectivas divergentes da juridicidade que se oferecem como actualmente possíveis – é esta uma situação que bem se reconhecerá num diagnóstico generalizável.” CASTANHEIRA NEVES, A. *A Crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia*, Op.Cit., p. 07.

ca e política⁴⁰⁹. Daí, como veremos, atualmente vejamos a filosofia política ganhar sentido prático no âmbito do próprio direito. Aprendizado esse, porém, que não poderá se realizar sob o império de uma “sonolência teórica” – aquela espécie de tranquilidade quase indiferente às problemáticas concretas que se impõem ao direito e seu pensamento –, como se problemas concretos se resolvessem em arquitetônicas abstratas ou meramente contra-fáticas, devendo antes ser levado a cabo um estudo atento e nos termos mesmo de uma “urgência prática”.

Com efeito, assim o é, e isso veremos ficar mais claro logo à frente. Ocorre que não podemos seguir por essa esteira assim “sem mais”, como se estivesse desde logo justificado um tal *empenho filosófico*. É imprescindível darmos antes “um passo atrás” a fim de esclarecermos algumas questões pontuais. A intenção com isso é assentarmos e confirmarmos (como momento prévio a referido empenho, e como que a justificá-lo) aquele contexto que desenha o pensamento hoje tratado pela alcunha de *pensamento pós-metafísico*, para que então tenhamos claro qual é afinal o contexto em que nos estamos a inserir e a partir do qual a resposta-proposta de “reescrita metodológica” de que nos fala o jurisprudencialismo se delineia e encontra suas raízes. Trata-se, numa palavra, de termos presente a dificuldade capital pela qual na atualidade passa a filosofia, e, portanto, o *pensamento ocidental* como um todo⁴¹⁰. E, ao referirmos tal proble-

⁴⁰⁹ Vale atentarmos ao que diz Deleuze sobre o direito: “Nas “instituições” há todo um movimento que se distingue ao mesmo tempo das leis e dos contratos. Encontrei em Hume uma concepção muito criativa da instituição e do direito. No começo interessava-me mais pelo direito que pela política. (...) Hoje em dia, o trabalho de François Ewald para restaurar uma filosofia do direito me parece essencial. O que me interessa não é a lei nem as leis (uma é noção vazia, e as outras são noções complacentes), nem mesmo o direito ou os direitos, e sim a jurisprudência. Não é o Código Civil que os escritores deveriam ler, mas antes as coletâneas de jurisprudência. Hoje já se pensa em estabelecer o direito da biologia moderna; mas tudo, na biologia moderna e nas novas situações que ela cria, nos novos acontecimentos que ela possibilita, é questão de jurisprudência. Não é de um comitê de sábios, comitê moral e pseudocompetente, que precisamos, mas de grupos de usuários. É aí que se passa do direito à política. Uma espécie de passagem à política, passagem que eu mesmo fiz com Maio de 68, à medida que tomava contato com problemas precisos, graças a Guattari, Foucault, a Elie Sambar. O *anti-édipo* foi todo ele um livro de filosofia política.” DELEUZE, Gilles. *Conversações*. Trad. Peter Pál Pelbart. São Paulo: editora 34, 2006, pp. 209/210.

⁴¹⁰ “O caráter hoje fortemente problemático do direito parece implicar a necessidade e a urgência da filosofia – já o dissemos. Só que não deixa também de ser duvidoso – acabamos igualmente de o ver – que a filosofia possa oferecer um auxílio decisivo ou tenha mesmo alguma resposta para nos dar, porquanto não é seguro que ela ainda subsista com um sentido que justifique a sua existência diferenciada e nos permita invocá-la com validade. É certo que essa dúvida de subsistência e de sentido foi referida à filosofia em geral, à filosofia *tout court*, e a que directamente e mais nos interessa é a “filosofia do direito”. E se é correcto sustentar que a filosofia do direito é autenticamente filosofia e não mera “filosofia dos juristas” – e assim com os mesmos problemas que atingem aquela –, além de que o entendimento do que seja especificamente essa “filosofia do direito” põe ela própria um problema – o primeiro problema filosófico da filosofia do direito –, poderia todavia pensar-se em pressupor o sentido comum dessa filo-

mática, vai nisso implícita uma correlação analógica dessa mesma problemática na atualidade da “filosofia do direito” e do pensamento jurídico. Da mesma forma que a filosofia se percebe hoje desacreditada, como que *consumada* pelo “tempo”, também o pensamento jurídico e a filosofia que lhe é intrínseca parecem-nos um tanto esquecidas no âmbito mesmo dos estudos jurídicos: como a filosofia em geral, também a filosofia do direito (o pensamento jurídico) deparamo-la *consumada, superada e substituída* ⁴¹¹. Não é à toa afinal que, como estamos sublinhando, se percebe essa *reterritorialização* política das esferas do pensamento jurídico e da filosofia do direito, ainda que de forma desatenta.

Não parece sem sentido, diante disso, interrogarmo-nos – como o fez *Castanheira Neves* – se de fato a nossa dita “civilização contemporânea” – que hoje chega a um ponto de ruptura (senão de verdadeiro esgotamento) e cujos pilares estão a balançar sem sabermos ao certo para que lado cairão – não estaria afinal como que a cumprir, uma vez concebida em seu estágio atual tal qual uma “civilização científica”, o famoso adágio da “lei-natural” de evolução histórica e cultural do pensamento prenunciada por *Auguste Comte*. Cuida-se da assim chamada “lei das três etapas” do pensamento humano: de sorte que estaria ela (a nossa civilização científica) a suceder à “idade metafísica” da mesma forma que essa última em seu tempo teria já sucedido à “idade teológica” ⁴¹². Nada mais natural! Ademais, *civilização científica* essa a qual facilmente podemos reconhecer como espécie de contra-face extremada do pensamento filosófico, este como que identificado à metafísica e assim abandonado como “capri-

sófia, aquele que a sua prática acadêmica objectiva, e iniciarmos a partir dele a tentativa de resposta para as nossas interrogações.” *Ibidem*, p. 23.

⁴¹¹ Daí a indagação de *Castanheira Neves*: “Com efeito, e considerando as coisas com um pouco mais de pormenor, não será de pensar que a filosofia se encontra *consumada* no seu destino histórico e também *superada* no seu relevo cultural, quando não *substituída* no papel fundamental que tem sido o seu na história da cultura e mesmo *anulada* na sua pretensão de validade e no seu próprio sentido?” *Ibidem*, p. 09.

⁴¹² “Intégramment conçue, la loi fondamentale de l’évolution intellectuelle consiste dans le passage nécessaire de toutes les théories humaines par trois états successifs. Le premier, théologique, ou fictif, est toujours provisoire; le second, métaphysique ou abstrait, purement transitoire; troisième, positif ou scientifique, est Seul définitif.” COMTE, Auguste. *Système de Politique Positive ou Traité de Sociologie D’Auguste Comte*. Paris: M. Giard & E. Brière, Libraires-éditeurs, 1912, p. 311. Essa “Lei das três etapas do pensamento”, de Comte, pode ser lida em português na epígrafe do seguinte livro: ARON, Raymond, *As etapas do pensamento sociológico*. São Paulo: Martins Fontes, 1982, *Introdução*, em que se lê: “Consideradas no passado, as ciências libertaram o espírito humano da tutela exercida sobre ele pela teologia e pela metafísica, e que, indispensável à sua infância, tendia a prolongá-la indefinidamente. Consideradas no presente, elas devem servir, seja pelos seus métodos, seja por seus resultados gerais, para determinar a reorganização das teorias sociais. Consideradas no futuro, serão, uma vez sistematizadas, a base espiritual permanente da ordem social, enquanto dure a atividade da nossa espécie no planeta.”

cho de antiquário”, com o que de certa forma se explica a atual “suspeita” face as luctuações da filosofia. O diagnóstico, portanto, estaria a nos indicar o abandono da filosofia, sua atual irrelevância e substituição categorial: outras facetas do pensamento se nos afirmariam mais coevos.

É nesse sentido e tendo isso em mente que *Theodor Adorno* se interroga, ao abrir a sua *dialética negativa* (*Negative Dialektik*), se seria possível ainda hoje falarmos de forma efetiva em filosofia (há sentido nisso?), ou tentarmos fazê-la ainda hoje como *conceito* que, não obstante seja laborado no âmbito do pensamento, se lance à realidade concreta a fim de modificá-la⁴¹³. Em suma, restaria a ela ainda hoje algum sentido normativo? De outro lado, mas no mesmo tom, *Adres Ollero* frisa quanto aos perigos que um *desaparecimento da filosofia* pode ter para a práxis humana e social, bem como do seu absoluto descrédito face as aspirações técnicas e suas certezas que, no laborar de suas propostas metodológicas (o título desse ensaio de *Ollero* é, não sem alguma ironia, *la imposible inocencia de las propuestas metodologicas*), ignoram o contato com a filosofia⁴¹⁴.

Sem dificuldade também a análise de *Heidegger* forçosamente nos vem à mente, sobretudo no que toca sua acurada compreensão da centralidade crescente dada à técnica como que num desabono do trabalho científico frente ao *pensamento*⁴¹⁵: parece-nos de fato infungível nessa toada lembrarmos dos seus questionamentos quanto ao pensamento, sua subsistência moderna ou não, bem como, porque emblemá-

⁴¹³ “O pensamento aberto não está protegido contra o risco de escorregar para o arbitrário; nada lhe garante que tenha se nutrido suficientemente com a coisa mesma para suportar esse risco. A consequência de sua realização, contudo, a espessura do tecido contribui para que ele alcance o que deve tocar. Na filosofia, a função do conceito de segurança inverteu-se. O que um dia quis ultrapassar o dogma e a tutela por meio da certeza de si transformou-se em asseguramento social de um conhecimento para o qual não deve acontecer nada. E efetivamente, para aquilo em relação ao que não se pode objetar nada, nada acontece realmente.” ADORNO, Theodor. *Dialética Negativa*. Op. Cit., p. 38.

⁴¹⁴ “El método convertido em condición de cualquier verdadera ciencia – a la que se atribuye, por ende, el monopolio de la racionalidad – empuja en los teóricos del positivismo a una práctica desaparición de la filosofía. Superados sus antecedentes metafísicos – rechazados ahora por irracionales a fuerza de pré-científicos – a la filosofía no le quedaria sino verse sustituida por la ciencia o, como mucho, ejercer a su servicio. La progresiva <<elavación>> de los saberes filosóficos a disciplinas científicas no le dejaría outro campo de acción que el de teoria del método, sede para el análisis del lenguaje empleado por la ciencia o funciones propedéuticas similares. OLLERO TASSARA, Andres. *Derechos humanos y metodologia juridica*. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1989, p. 17.

⁴¹⁵ Um pensamento que para *Heidegger* não se confunde nem com a metafísica nem tampouco com a técnica-ciência. “Aqui se tem em mira a possibilidade da civilização mundial, assim como apenas agora começou, superar algum dia seu caráter técnico-científico-industrial como única medida da habitação do homem no mundo. Esta civilização mundial certamente não o conseguirá, a partir dela mesma e através dela, mas antes, através da disponibilidade do homem para uma determinação que a todo momento, quer ouvida quer não, fala no interior do destino ainda não decidido do homem.” HEIDEGGER, Martin. Sobre a questão do pensamento. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 71.

tico, o seu texto intitulado *Das Ende der Philosophie* ⁴¹⁶. Ainda que com o hermeneuta alemão o pensamento não se reduza à metafísica, mas tampouco à técnica da ciência moderna, o que tudo isso está a confirmar, a princípio, não é outra coisa senão aquela sucessão da filosofia, seu como que “suicídio” e sua absoluta substituição pela *técnica*, como se nos restasse pensar no todo sem qualquer reflexividade, como se já não soubéssemos mais no quê pensar ⁴¹⁷: perceba-se que, ainda assim, não obstante a perplexidade que nos acomete diante de uma tal inferência, não podemos perder de vista (e aqui quiçá comece a surgir algum caminho para a reinvenção da crítica do pensamento) que, mesmo no que toca a técnica, sua referência hoje e sua completa inserção na vida humana não seriam possíveis se não fosse a filosofia em sua dialética um dia tê-la concebido. Parece mesmo imprescindível reconhecermos que é a filosofia que está, em última instância, na base de todo e qualquer trabalho intelectual do homem, seja num feitiço estritamente metafísico seja como simples técnica. Acontece que, e é aqui que surge a necessidade da crítica, uma vez que a técnica se assume a si mesmo como ponto de partida ela tende a perder – como vemos acontecer hoje – a sua dimensão problematizadora e questionadora, em suma, o pensamento e sua verdadeira “questão”, embora este esteja sempre ali, como que na base de tudo ⁴¹⁸.

Não estaria, portanto, o pensamento inteiramente *consumado* – e aqui podemos nos lembrar do adágio de *Karl Marx*, em verdade uma pesada sentença aos filósofos e seu vão filosofar (a declarar afinal aquela consumação?) inserta na décima primeira tese sobre *Feuerbach* – ante a necessidade hoje tão só de uma sua realização em concreto, numa como exasperação da técnica? Isto é, não nos bastaria na atualidade

⁴¹⁶ A centralidade de um pensador do porte de Heidegger é, sem dúvida, inegável. Bem o soube dizer JEAN VIOULAC, em seu trabalho dedicado à compreensão da época (a nossa) que ele chama de *L'époque de la technique*: “Le nom de Heidegger este celui de l'évenement terminal de l'histoire de la philosophie, em le quel elle se recapitule, découvre son essence originaire, et tente de frayer la voie à un avenir: le moment Heidegger circonscrit le site em le quel nous nous tenons.” VIOULAC, Jean. *L'époque de la technique. Marx, Heidegger et l'accomplissement de la métaphysique*. Paris: Épipiméthée. 2009, p. 16.

⁴¹⁷ “En realidad, la *actividad jurídica* no podrá nunca ser *técnica* aplicativa – por más que pueda y deba albergarla en su seno – por estar llamada a ser *sabiduría*: acceso a lo real. Cabrá luego contar com métodos que sometan a control y contraste esse tanteo *prudencial*, y será deseable diseñarlos de modo que puedan cumplir tal función y no la de encubrir retóricamente el mero capricho. Hablar de <<métodos>> no es una invitación al oportunismo, sino un reconocimiento de la imposibilidad de contar con uno que solucione por adelantado las perplejidades que, entre todos, han de ir ayudando a resolver en laborioso diálogo con la realidad.” Ibidem, p. 22.

⁴¹⁸ “A tarefa do pensamento seria então a entrega do pensamento, como foi até agora, à determinação da questão do pensamento.” HEIDEGGER, Martin. *Sobre a questão do pensamento*. Op.Cit., p. 84.

apenas levar a cabo tudo aquilo que os filósofos já pensaram e nos ensinaram? Ou faltam-nos ainda melhores e vindouras interpretações do mundo? Afinal, toda a reflexão que demarca o devir do ocidente não teria afinal atingido os “valores supremos” da humanidade, as noções de liberdade, *Justiça*, *Verdade*, o bem (o *Belo*), sendo-nos forçoso concordar (numa espécie de *overlapping consensus*, parafraseando *John Rawls*) quanto a sua centralidade na vida humana hodierna? Não nos seria suficiente hoje simplesmente realizar esses valores, lançá-los na ordenação categórica de *nossas vidas práticas*, convocando-os ao fim como *nossos* guias (nossos guias de nós mesmos)? Perceba-se que essas são questões de modo algum deixam incólume também o devir próprio de uma “teoria do direito” – mormente no que concerne a uma possível “teoria” crítica – como bem soube dizê-lo o arquitre da reflexão jurisprudencialista, *Castanheira Neves*.

De outro lado, perceba-se ainda que essa reflexão em torno da consumação do pensamento ante a premência da prática e da eficácia – e o pensamento, mormente o pensamento jurídico, não é a própria eficácia? – não deixa de ser apenas uma das facetas da dita consumação da filosofia. Especificamente, esclareça-se, trata-se aí de uma espécie de consumação que se questiona quanto à viabilidade da inserção (do pensamento) no mundo prático, relevando não tanto o conhecimento e a compreensão da realidade, mas a sua aparição no campo da política (e da ação política): com o adágio referido está-se a frisar a consumação da filosofia em sua função propriamente crítico-política, ou seja, aquela que invita a “compreensão de mundo” a uma sua própria realização concreta. Daí que se reprove, ademais, a assunção acrítica de um labor reflexivo estritamente contemplativo, ou de mera especulação teórica, posto ser a práxis o infungível critério da *Verdade*. O que aí importaria, portanto, é a própria prática, a realização concreta de uma filosofia e a *práxis* transformadora – bem nos ensinou *Karl Marx*. Não é difícil lê-lo na décima primeira tese de *Marx*: “os filósofos não têm feito senão *interpretar* o mundo de diferentes maneiras, e trata-se agora de *transformá-lo*.” Cuida-se de um chamado à prática, à realização concreta de *uma* específica compreensão de mundo, uma convocação à ação política, o que, de certa forma, estaria a consumir a realização reflexiva do homem e a própria filosofia enquanto tal: com isso, esclareça-se, certamente que não estamos a julgar o teor filosófico, ou a ausência de reflexão verdadeiramente crítica, que vai implícito nessa específica (muito específica) “visão de

mundo”, sendo nossa intenção apenas frisar esse caráter como que *escatológico* do pensamento com o a afirmação e devir da ciência moderna.

Dessarte, se com isso falávamos de uma consumação política da filosofia, na esteira teórica acima mencionada, certo é que não podemos deixar de aludir uma outra faceta dessa tal *consumação*, agora já de num caráter mais especificamente cultural, ou propriamente assente no *devir do pensamento* e a se nos aparecer na atual – também pré-vista por *Heidegger* – autonomização e pretensa auto-suficiência da ciência e da técnica face ao saber filosófico. Aqui nos surge um paradoxo ao qual acima já fizemos menção, mas que convém ratificar: não se deve esquecer que, não obstante a prevalência da “técnica pela técnica” (até a sua absoluta exasperação como “um *falar* que fala de si para si”), fora a própria filosofia em sua imemorial manifestação a verdadeira responsável pela possibilidade da ciência e da técnica ⁴¹⁹. Como se a obra ganhasse total autonomia em relação ao seu artífice, a ciência como que conquistou sua própria visão de mundo e esqueceu-se daquele *olhar primeiro* – o verdadeiro sinal de *espanto*, a implacável *perplexidade* diante do mundo – que abriu a clareira para o seu devir: como se de fato ao pensamento coubesse tão só ajustar as condições de possibilidades de um devir que, mais tarde, se nega a dar explicações de onde vem e para onde vai.

Ocorre que não haveria ciência não fosse a filosofia, da mesma forma que não haveria técnica não fosse o pensamento: daí insistirmos que não haveria direito não fosse o pensamento jurídico. É aqui que ganha sentido a crítica visceral de *Heidegger* quanto ao esquecimento da clareira do pensamento: o autor de *Ser e Tempo* percebeu como poucos a absoluta (dogmatização-*entificação* do “ser”) ausência de reflexividade característica das ciências modernas (hoje no todo *tecnicizadas*) – possibilitadas, como se disse, por aquele olhar-pensamento que abre a clareira-caminho para tanto –, as quais ao cumprir a tarefa de erigir a nossa “civilização científica” (hoje *científico-tecnológica*) sentenciam de morte o pensamento sem o qual nada disso, tampouco a

⁴¹⁹ “Com a diferenciação ontológica das regiões dos seres (natureza, histórica, direito, arte), a explicitação das suas categorias (a existência e a essência, o uno e o múltiplo, o objecto e o sujeito, a matéria e a forma, a justiça, etc.) e a definição dos seus conceitos fundamentais, a filosofia terá sido a matriz das condições de possibilidade das várias ciências, mas estas ao autonomizarem-se e ao assumirem em si mesmas a sua própria crítica epistemológica dariam por consumado o papel da filosofia nesse sentido.” CASTANHEIRA NEVES, A. *A Crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia*, Op.Cit., p. 10 e seguintes. Adianta-se, portanto, vir daí a problemática acerca da suposta – mas não correta, porque acrítica, como veremos – consumação, superação, substituição e anulação do pensamento no âmbito do saber humano, isto é, do conhecimento e da importância da filosofia (no direito essa temática tende mesmo sempre a ficar mais clara: parece-nos absolutamente clara a impossibilidade de referirmos o direito sem contato com a filosofia, sobretudo quando concebido em sua *juridicidade*).”

técnica e a ciência, faria sentido. Quando se argumenta pela necessidade de novamente se colocar a questão do pensamento (quer dizer se questionar por essa questão), é a essa dimensão que está a fazer referência. De qualquer sorte, nesse caminho que tem seguido a filosofia encontra seu termo num pensar (a ciência) que não pensa, antes planifica o mundo (e sua visão de mundo) segundo modelos operativos finalísticos e técnicos⁴²⁰. Não é difícil concluirmos, a partir desse *pathos*, que a derrota da filosofia se nos apresenta como auto-negação do caminho trilhado pelo próprio pensamento, fazendo-se valer a vitória da organização programável do mundo natural e social. Tudo isso como que nos indica – quiçá forçosamente – que a via reflexiva que garante o sentido desse mundo já não nos convém, está de fato consumada noutros olhares, e isso seja porque ineficaz seja porque pretende uma crítica a esse *status naturalis* do conhecimento humano que em verdade vai hoje sobremaneira confortável.

Essas inferências, a nós por certo no todo coetâneas uma vez que marcam de fato este *nuestro tiempo*, colocam-nos no entanto um tanto perplexos, e o estranhamento a este implícito tem, como bem se sabe, o condão de retirar-nos do marasmo reflexivo que por vezes nos intenta abraçar. Certamente que não haveria crítica se não se apreendesse a realidade como que em crise: assim como é sobre os ditos indecisos que o peso da decisão mais ocorre, corroendo-os o pensar (eles sabem da necessidade de decidir), também assim a crítica mais coeva se elabora no pensamento daqueles que bem percebem a crise da qual participam, cuidando-se mesmo de *pathos* infungível. Daí que, ao perfilharmos a sentença de *Ortega Y Gasset* (“*vencer esta inveterada hipocrisia ante la vida es, acaso, la alta misión de nuestro tiempo*”), bem como as demais linhas que este haja escrito (também disse ele: “as mudanças históricas supõem o nascimento de um tipo de homem diferente”), e ao diagnosticar-se a referida consumação da filosofia, em verdade o que se está a referir não é tanto o seu inevitável fenecimento, a morte do pensamento, mas um deslocamento histórico que também nos convida a pensar. Trata-se de percebermos, portanto, que com tudo isso o que se quer é um tipo

⁴²⁰ É diante de tal realidade, a realidade humana no todo consumia pela técnica e a consequente ausência de sentido cultural, de reflexão e pensamentos em torno da validade do agir e da vida do homem – a configurar, certamente, a tão comentada *crise civilizacional* de nosso tempo (de nossa geração, diria ele) – que Ortega Y Gasset se colocou a questão: “No es incitante la idea de convertir por completo la actitud y, en vez de buscar fuera dela vida su sentido, mirarla a ella misma? No es tema digno de una generación que asiste a la crisis más radical de la historia moderna hacer un ensayo opuesto a la tradición de ésta y ver qué pasa si en lugar de decir <la vida para la cultura>> decimos <<la cultura para la vida>>?” ORTEGA Y GASSET, José. *El tema de nuestro tiempo*. Madrid: Revista de Occidente, 1956, p. 73.

diferente de homem-pensamento, impondo-se mesmo que nos afastemos um tanto daquele chamado *homem contemplativo* (apenas contemplativo) e nos aproximemos mais um tanto do assim chamado *homem agente* (mas que também pensa): convida-se a refletir um status de agente que não abandone a *reflexão*, mas tão só a contemplação “de si para si” isenta de problemas concretos; que pense com os pés no chão; um agente que se queria assumir e dirigir a si mesmo a fim de habitar e perquirir a realidade em sua profundidade (que labute na compreensão da justiça, da arte e da ciência), o qual porém não se confunda com a dita protagonização do homem *moderno*, este como que já no todo descolado e distanciado daquelas referências culturais (a compreensão da justiça, da arte, da ciência).

De qualquer modo, se assim teríamos desenhada em definitivo a consumação da filosofia e, por conseguinte, do pensamento, com o abandono das reflexões em torno do *ser* e sua respectiva *entificação* (como objetivação analítica), sua *superação* se efetuariaria na medida em que o pensamento perde sentido neste “tempo de ciência” e de técnica, ganhando prevalência a noção de verdade como a aparência do palpável e do controlável. Daí ser hoje tão raro ouvir-se falar em filosofia (e, por isso, também em *Direito*, ao passo que tanto se fala em *direitos*): assiste-se sem qualquer desconforto a um discurso crescente em prol de uma otimização pelos efeitos, do abandono das abstrações do pensamento em primazia de um encurtamento excessivamente empirista e precipitado da realidade e da validação do conhecimento, no que vai inerente, perceba-se, um total descuido para com o *conceito*: não aquele conceito referencial e discursivo da ciência moderna, mas como trabalho do pensamento e da filosofia, como ensina *Deleuze* ⁴²¹. Acontece que hoje não temos garantia acerca do melhor caminho a ser tomado, e com essa postura que opta por ignorar o trabalho reflexivo da filosofia – e da filosofia do direito – diante dos problemas da ciência, mas também os problemas concretos do direito, está-se a perder a possibilidade de um aprendizado profícuo: no âmbito do direito isso se faz especialmente evidente. É bastante clara a necessidade de se fazer dialogar o saber filosófico voltado aos fundamentos, de um lado, e a epistemologia, de outro: com efeito, quando adentra o campo das *ciências sociais* – ou, simplesmente, ciências humanas – a fim de pensá-las e garantir, afinal, um status de saber

⁴²¹ Conferir: DELEUZE, Gilles e GUATTARI, Félix. *O que é a Filosofia?* Trad. Bento Prado Jr. e Alberto Alonso Muñoz. Rio de Janeiro: Editora 34, 2009. Em que, à página 53, se lê: “O plano de immanência não é um conceito pensado nem pensável, mas a imagem do pensamento.”

constitutivo e mesmo interpretativo (um fundo de explicação reflexiva que não perca de vista as noções de *tempo* e *espaço*, e portanto a dar uma dimensão humano de *faliabilidade* e *provisoriedade*), a epistemologia não deixa também de fazer filosofia ⁴²².

De toda sorte, não apenas consumida e superada estaria a filosofia e o pensamento que a caracteriza, mas também *substituída* e já no todo *anulada* na atualidade. Substituída estaria no plano do universo cultural ao qual se destina, porquanto outras “intenções últimas” suficientemente fundamentais (e fundamentantes) dariam conta da apreensão da realidade, tanto natural quanto societal, e da formação de novas normatividades condutoras do *poder de decisão*. O seu habitat estaria dessarte já plenamente ocupado por outras “potências intelectuais”, por assim dizer (também normativas e, atualmente, de fato, com maior poder de *retórica*), dentre as quais se cita a *economia*, eleita hoje critério de qualquer decisão “razoável”, mas de mesma forma a *biologia*, a *técnica* (novamente e sempre), ou mesmo o *estudo da linguagem* ⁴²³. Ademais, estaria ela finalmente anulada pelo nosso tempo, e anulada especificamente em seu intento de *validação* do agir humano, das decisões e dos fenômenos de normatividade social (moral, direito, religião, economia, *política*) que nos tangenciam a vida em coletividade:

⁴²² “Nossas reflexões se orientam pela ideia de que a linguagem é um meio (*Mitte*) em que se reúnem o eu e o mundo, ou melhor, em que ambos aparecem em sua unidade originária. Elaboramos também o modo como esse meio especulativo da linguagem se apresenta como um acontecer finito, frente à mediação dialética do conceito. Em todos os casos que analisamos, tanto na linguagem da conversação, quanto na da poesia e na da interpretação, mostrou-se que a linguagem possui uma estrutura especulativa, que não consiste em ser cópia de algo dado de modo fixo, mas num vir-à-fala, onde se enuncia um todo de sentido. Isso nos aproximou da dialética antiga, uma vez que também nessa não se dava uma atividade metodológica do sujeito. Dava-se, antes, um fazer da própria coisa, um fazer que o pensamento “padece”. Esse fazer da própria coisa é o verdadeiro movimento especulativo que capta o falante. Rastreamos o seu reflexo subjetivo no falar. Agora estamos em condições de compreender que essa cunhagem da ideia do fazer da própria coisa, do sentido que vem-à-fala, aponta para uma estrutura ontológica universal, a saber, para a constituição fundamental de tudo aquilo a que a compreensão pode se voltar. O ser que pode ser compreendido é linguagem. De certo modo, o fenômeno hermenêutico devolve aqui a sua própria universalidade à constituição ontológica do compreendido, na medida em que a determina, num sentido universal, como linguagem, e determina sua própria referência ao ente como interpretação. Por isso, não falamos somente de uma linguagem da arte, mas também de uma linguagem da natureza, e inclusive de uma linguagem que as coisas exercem.” GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Rio de Janeiro: Ed. Vozes. 1997, p. 612/613.

⁴²³ “Pois não é certo que sendo o nosso destino proclamado, já a *economia*, já a *técnica*, já a *biologia*, já a *linguagem*, não se terá por isso mesmo de ver a filosofia condenada a apagar-se e a ser substituída no seu papel de instância última e saber fundamental pela economia enquanto “ciência” de um tempo de materialista economicismo, pela biologia enquanto a redutora explicativa do próprio ser axiológico do homem (segundo a sociobiologia), pela análise da linguagem enquanto seria a linguagem o transcendental último e irredutível do sentido, pela ciência-técnica que teria culminado na cibernética enquanto *Grundwissenschaft* da racionalidade contemporânea (racionalidade de informação e sistêmica, de programação e eficiência – ou seja, em último termo ou por implicação final, substituição da filosofia tão só por *teorias*?” CASTANEHIRA NEVES, A. *A Crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia*, Op.Cit., p. 12.

vale lembrar aqui, ainda que apenas de passagem, o resgate crítico que *Gianni Vattimo* faz do “conceito” de *solidariedade* (num sentido normativo) na vida em comunidade na sua atual configuração; sem podermos deixar de pontuar ser ele um exemplo hoje central de pensador que capta a superação da dicotomia tradicional epistemologia / hermenêutica ⁴²⁴, fazendo dialogar de maneira bastante forte (e de forma crítica frente a uma *Gadamer*) o pensamento normativo de *Jürgen Habermas* e a ontologia existencial de *Heidegger* (desde já, lembremos também que, para o autor de *Sein und Zeit*, a metafísica não é outra coisa senão a experiência ocidental de esquecimento-encobrimento do ser) ⁴²⁵. Primeiro porque sua pretensão voltada à formação de um âmbito de discussão de verdades históricas (mas universais) estaria já no todo desvenilhada da premência prática que a dinâmica do nosso tempo impõe, isto é, o seu objetivo de universalização dos critérios de consideração e de normatividade social (como *intentio* metafísica ao *uno*), a tencionar ultrapassar e balizar as demais esferas de acesso ao mundo (formas de conhecimento e de normatividade), em verdade a desligaria daquilo a que realmente ocorre atentarmos *nesta hora* ⁴²⁶. Segundo porque, simplesmente, a metafísica estaria já aposentada como estância de representação da realidade

⁴²⁴ “A verdade de uma proposição científica não está em sua verificabilidade controlável em termos de regras publicamente estipuladas e adotáveis idealmente por todos – o que seria um modo de reduzir a um significado puramente formal o nexa entre lógica e retórica; ele está, ao contrário, em última análise, em levar as regras de verificação vigentes em cada âmbito científico a uma esfera pública que é o logos-linguagem comum, tecido continuamente em termos retórico-hermenêuticos, porque a sua substância é a continuidade de uma tradição que se mantém e se renova mediante um processo de reapropriação (do objeto-tradição pelos sujeitos, e vice-versa) que se desenrola com base em “evidências” de tipo retórico.” VATTIMO, Gianni. *O fim da Modernidade: niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 139.

⁴²⁵ “Seguindo de perto as pegadas do platonismo, a filosofia da consciência privilegiara o interior em relação ao exterior, o privado em relação ao público, a imediação da vivência subjetiva em relação à mediação discursiva. A teoria do conhecimento tomara o lugar de uma Filosofia Primeira, enquanto a comunicação e o agir caíram na esfera dos fenômenos, ou seja, ficaram com um *status* derivado. Depois da passagem da filosofia da consciência para a da linguagem, era de supor, não uma reversão dessa hierarquia dos passos da explicação, mas sua nivelção. Pois a linguagem presta-se tanto à comunicação como à representação; e o proferimento linguístico é, ele mesmo, uma forma de agir que serve ao estabelecimento de relações interpessoais.” HABERMAS, Jürgen. *Verdade e Justificação. Ensaio filosóficos*. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 09. Ver também: BAPTISTA PEREIRA, Miguel. *Modernidade e Tempo: para uma leitura do discurso moderno*. Coimbra: Maiêutica, 1990, pp. 115/125.

⁴²⁶ “Mas essa pretensão, que ainda foi a de Hegel, sabe-se excessiva e de realização não mais possível perante a infinidade dos problemas e a abertura do devir histórico, a complexidade e a relatividade exponenciadas da experiência, a racionalidade crítica (de um falibilismo hipotético) conjugada com a contínua especialização temática reveladas pela ciência, etc. – sob pena de o sistema filosófico e a sua filosofia não serem mais do que um jogo alienado de abstrações, que só uma construção dogmaticamente arbitrária sustenta. Que tanto é dizer que tais sistemas, e outros não podem ser as filosofias que não sofram a renúncia à verdade global e universal, só concorrem alcançada e possuída, a filosofia desmente-se, destrói-se; remete-se a outra coisa.” CASTANHEIRA NEVES. A. *A Crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia*, p. 13.

– dada a nós como que em movimento contínuo – que cabe hoje ao pensamento co-nhecer. Desde logo devemos dizer, porém, que a filosofia não termina na metafísica e o pensamento pós-metafísico, de outro lado, não põe fim ao devir da filosofia, quer dizer, este último não desaparece simplesmente porque não há mais qualquer *Grund* a nos segurar no mundo: não se deve perder de vista, ademais, que o fim da filosofia leva, ato contínuo, à perda de sentido da vida, bem como à indiferença frente à morte. Fato é que, mesmo diante do alarde pós-filosófico, o pensamento prossegue em sua instanciação constante da realidade como que a cunhar – cotidianamente – os *conceitos* de que tanto se necessita para viver em coletividade, mormente na atualidade e sobretudo no território jurídico, espaço esse em que certamente ainda hoje – e quiçá somente aí – faça sentido a reabilitação da filosofia.

De sorte que – diante dessa consumação, superação, substituição e completa anulação – a chamada “crise dos pressupostos”, a envolver o problema fulcral do fundamento do pensamento (essa ausência de qualquer *Grund*), bem como a respectiva pluralização e fragmentarização de “perspectivas hoje viáveis”, em suma, a tão repetida *crise da razão* e a erosão do conceito não nos deixa seguir sem sérios traumas ⁴²⁷. Acontece que, como já o dissemos, é antes de mais nos momentos mesmo de grande crise – no *pathos reflexivo* que a caracteriza – que a crítica, e no direito uma possível *neocrítica jurídica*, faz algum sentido ⁴²⁸: o que deve ficar claro é que para tanto a filo-

⁴²⁷ Tal seria a condição característica do pensamento no século XX, segundo EDGAR MORIN, para quem: “ao mesmo tempo que edifica uma vertiginosa Torre de Babel dos conhecimentos, o nosso século (o séc. XX) efectua um mergulho ainda mais vertiginoso na crise dos fundamentos do conhecimento. A crise começara na filosofia. Ao mesmo tempo que permanecia plural nos seis problemas e nas suas concepções, a filosofia dos tempos modernos foi animada por uma dialéctica que remetia reciprocamente a busca de um fundamento certo para o conhecimento, e o perpétuo regresso do espectro da incerteza. O acontecimento chave do séc. XIX foi, nesta dialéctica, a entrada em crise da ideia de fundamento. Depois que a crítica kantiana retirou ao entendimento a possibilidade de alcançar as ‘coisas em si’, Nietzsche anunciou, de maneira mais que radical, a inelutabilidade do niilismo; no séc. XX Heidegger pôs em causa o fundamento dos fundamentos, a natureza do *ser*, e a sua interrogação consagrou-se à problemática de um ‘fundamento sem fundo’. A filosofia contemporânea dedica-se doravante menos a construção de sistemas sobre fundamentos seguros do que à desconstrução generalizada e à radicalidade de uma questionamento relativizando todo o conhecimento.” MORIN, Edgar. *O método III. O conhecimento do conhecimento I*. Trad. Maria Gabriela de Bragança. Portugal: Publicações Europa-América, 1986, p. 17.

⁴²⁸ “A crise do paradigma da ciência moderna não constitui um pântano cinzento de cepticismo ou de irracionalismo. É antes o retrato de uma família intelectual numerosa e instável, mas também criativa e fascinante, no momento de se despir, com alguma dor, das ancestrais e íntimos, mas não mais convincentes e secularizantes, uma despedida em busca de uma vida melhor a caminho doutras paragens onde o optimismo seja mais fundado e a racionalidade mais plural e onde finalmente o conhecimento volte ser uma aventura encantada. A caracterização da crise do paradigma dominante traz consigo o perfil do paradigma emergente.” SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. São Paulo: Cortez, 2004, p. 58/59.

sofia (o pensamento) e sua reabilitação na atualidade é imprescindível ⁴²⁹. Certamente que não se trata de uma reabilitação a se dar num feito como aquele intentado ainda por Hegel, em cuja reflexão os pensamentos provocavam uma asserção do próprio pensar a partir de momentos de unificação – e com um mesmo intento de unificação – que já não mais se pode aceitar. Como ensina o italiano *Gianni Vattimo*, “a tarefa do pensamento já não é, como sempre pensou a modernidade, remontar ao fundamento”, uma vez que hoje já “não há nenhum *Grund*, nenhuma verdade última, há apenas aberturas históricas, destinadas, ou enviadas, de um *Selbst*, um mesmo que só nele se dá a através dele” ⁴³⁰. No entanto também não é o mero abandonar-se a um “devir sem pensamento” ou a uma ciência que direciona sua prática e suas técnicas sem se voltar a si mesma em seus momentos constitutivos – essa a falha em que se incorreu com uma filosofia estritamente subjetivista (*filosofia subjetivista* ⁴³¹) que assenta certezas das quais não mais se indaga –, prática essa que, se de um lado ganha em facilidade no trato com a realidade, bem como em simplicidade referencial (simplificação do real), perde de outro lado em termos de contato com o mundo e com outros *devires* e consigo: trata-se de pensamento que, ao optar pela unidade, fecha-se sem se enraizar.

Dessa forma, o contínuo florescer do *novum* (enquanto verdadeira “paralogia”) e da *diferença*, a demarcarem cada qual e respectivamente de um lado a ideia da insuperabilidade do dissenso e de outro uma autêntica e crescente alteridade, impor-se-ia como referencial infungível do pensamento crítico hoje, assim também no direito. Referencial esse, ademais, no todo desconsiderado pelo pensamento moderno – também

⁴²⁹ Sobre essa crise dos fundamentos do conhecimento científico: “A crise dos fundamentos do conhecimento científico liga-se, pois, à crise dos fundamentos do conhecimento filosófico, convergindo uma e outra na crise ontológica do Real, para nos confrontar com ‘o problema dos problemas [...] o da crise dos fundamentos do pensamento.’ MORIN, Edgar. *O método III. O conhecimento do conhecimento I*, Op.Cit., p. 19.

⁴³⁰ VATTIMO, Gianni. *O fim da Modernidade: niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna*. Op.Cit., 183. Em sentido semelhante: “A tentativa de fazer crescer a liberdade, de atingir vida completa e gratificadora e a tentativa correspondente de descobrir os segredos da natureza e do homem implicam, portanto, rejeição de todos os padrões universais e de todas as tradições rígidas. (Naturalmente, implicam também a rejeição de larga parte da ciência contemporânea.)” FEYERABEND, Paul. *Contra o Método*. Rio de Janeiro: Fundação Alves, 1989, p. 22.

⁴³¹ “Só que – (...) – com o que vai dito ficou excluído em absoluto qualquer fundamento e um qualquer fundamentar ou só um certo, e tradicional, sentido de fundamentamento e de fundamentar? Aliás, de um dos próprios corifeus mais invocados da crise do fundamento não se pode colher a lição de que abandonar o fundamento em si (“no sentido estreito de prova de proposições ôntico-teoréticas”) não significa renunciar ao problema do fundamento e de fundamentar enquanto problema ou possibilitação da “questão do porquê em geral”, questão que convoca o transcender do *Dasein* que “se chama liberdade” e em termo de ter de se vir a reconhecer afinal que “a liberdade é o fundamento do fundamento?”” *A Crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia*, p. 18.

nas suas feições pós-subjetivistas e tecnológicas – e atualmente pretensamente recuperado por esse pensar que se autoproclama *pós-moderno*⁴³². Seja como for, a apreensão dessa continuidade de descontinuidades parece-nos sem dúvida impraticável sob um olhar que se queira ainda hoje estritamente monista, ou objetivista. Perceba-se, ademais, que seja numa “intenção unificadora” da apreensão (como “visão de mundo”) e da realidade em estruturas e pressupostos fixos seja ainda num intento de olhar que quer antes perceber a si mesmo para então lançar-se a acompanhar o movimento das coisas e do real – como se pensar o “devir dos olhos” fosse tão imprescindível quanto pensar o “devir do mundo” –, o que prevalece em qualquer uma dessas intenções é desde sempre (para lançarmos mão uma vez mais do *immer schon* heideggeriano) a própria *apreensão*, isto é, a intenção de acessar o que está do lado de fora. Não é sem mais, portanto, que nos fala *Deleuze* de um pensar que pensa a “diferença como diferença”⁴³³, ou, ainda, e de outro lado, que se faça menção ao *diferendo*, de *Lyotard*. A deixarmos-nos assim abandonados nessa diferença (e, perceba-se, diferença de pensamento, de filosofias, de explicações de mundo, de concepções de justiça, de *normas*)? Certamente que não, mas a nos golpear o pensamento incessantemente, a fim de mantê-lo acordado e atento, como esses mesmo autores não nos deixam esquecer⁴³⁴.

⁴³² Certamente que quando falamos aqui em pós-moderno estamos a fazer uma referência que se pretende seja objetiva, representando aqui, muito pontualmente, um pensamento que em verdade já se vê assimilado no *modus* da ocorrência própria ao pensamento moderno, abrindo mão, no que se refere a este último, somente da sua intenção de “fechamento unitário”, isto é, de síntese numa hipotética “unidade”, no sentido que lhe proporciona e nos ensina perceber *Wolfgang Welsch*. WELSCH, Wolfgang. *Unsere postmoderne Moderne*. Op.Cit., p. 173.

⁴³³ Não é sem mais que o dito “princípio da multiplicidade”, em *Deleuze*, ganhará o formato do rizoma, especificamente como *pensamento rizomático*, isto é, que se volta à multiplicidade horizontal de extremidades, não à hierarquia do uno. Esse olhar permite denunciar as pseudomultiplicidades, que tendem à unidade, ainda que subterraneamente, ou lançam mão de alguma “grade” de fechamento objetivo: seja como objeto, seja como sujeito. Conferir, nesse sentido: *DELEUZE*, Gilles e *GUATTARI*, Félix. *Mil platôs I*. Op.Cit., p. 16.

⁴³⁴ “Só que então o problema é agora claro: a diferença que se deverá pensar, e assim sem inválidas ou ilusórias superações unitariamente integrantes (as quais sempre trariam o perigo de um quadro totalitário – perigo de que o próprio consenso não nos imunizaria, já que “a formação de um *consenso* através de um discurso argumentativo não seria outra coisa do que a submissão da espontaneidade e autonomia individual perante as exigências de poder de um sistema social e, portanto, algo como que a uma auto-alienação”) impõe que nela sem mais permaneça, que o seu reconhecimento seja a última palavra – como parece resultar, volte a dizer-se, da incomensurabilidade dos “jogos de linguagem”, da incompatibilidade insolúvel dos *diferendos* (já que sem regras comuns), das diferenças na remissiva *différance* (DERRIDA), como um Lane de dados (um “jogo com uma “estratégia sem objectivos”, uma “tática cega” que remete ao jogo de “a unidade do acaso e da necessidade num cálculo sem fim” e “no qual quem perde ganha e quem ganha perde em todos os lances, como nos diz DERRIDA) – ou, sem anular nem abandonar a diferença como diferença na sua alteridade, será possível, já um encontro, já um discurso que não ignorem as diferenças, mas também as não vejam como mónadas cegas umas para as outras e antes solicitadas a um reconhecimento mútuo superador, em que façam justiça umas às outras?”

Pontuações essas que certamente são suficientes para esclarecer a centralidade da discussão, ou melhor, desenhavam com traços fortes aquilo que, em verdade, está no centro desse debate: trata-se de percebermos algo já bastante assente com a filosofia pós-metafísica, isto é, que o devir ocidental como até hoje o concebemos está em crise⁴³⁵. Este o *pathos* do qual partimos: crise de civilização essa à qual já chamamos atenção, mas que merece ser frisada, mormente porque concernente a uma problemática de racionalidade e de opção entre racionalidades hoje fulcral. Perceber esse *pathos* de sofrimento – lembremos do *sofrimento de indeterminação* – se põe de tal modo central que bem elucida a atual desorientação em que parecem viver aqueles que com tal *problemática* tratam, lembrando-nos quão fácil é perder de vista os critérios reflexivos e normativos que até enfronhavam o nosso labor.

Uma vez que se abandone, por infortúnio, a necessidade teórica de diagnosticarmos as ditas “instâncias primeiras” (e constitutivas) do conhecimento humano (e mesmo de sua possibilidade) e com isso se lhe deixe como que “sem freio”, qual um “devir insensível”, os assim chamados opostos ou “duplos” (a diferença) desde sempre inerentes à existência humana são também deixados de lado e esquecidos. Dá-se então primazia a um *modus* específico de “acesso ao mundo”, de regra estandardizado num formato arbitrário (que *tradução* não tem afinal um mínimo de arbitrariedade?), e assim o que se perde é a riqueza da dialética. É aí que o homem perde a referência ao *ser*; a liberdade e a contingência perdem sua dimensão de *necessidade*; o sujeito perde o objeto e o objeto perde o sujeito (uma vez que já não há pensamento); e, no que nos toca mais imediatamente, a ciência perde o pé da *filosofia*⁴³⁶ – como bem o soube perceber *Castanheira Neves*. Acontece que com isso é aquela “instância constitutiva do pensamento” perde espaço normativo, tornando o trabalho do cientista mera contabili-

Pergunta essa última a que o jusfilósofo português responderá positivamente. CASTANHEIRA NEVES, A. *A Crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia*, p. 19.

⁴³⁵ HINKELAMMERT, Franz J. *Pensar em Alternativas: Capitalismo, socialismo e a possibilidade de outro mundo*, pp. 09-23. In. *Por um mundo Diferente: Alternativas para o Mercado Global*. Organizador: PIXLEY, Jorge. Rio de Janeiro: Vozes, 2003.

⁴³⁶ Esse *duplo*, que não se confunde com “dualismo”, aparece referido também na *Dialética Negativa* de THEODOR ADORNO: “Se não se exerce espontaneamente uma resistência contra a fachada, sem levar em consideração as próprias dependências, o pensamento e a atividade não seriam senão cópias turvas. Aquilo que no objeto ultrapassa suas determinações impostas pelo pensamento retorna de início ao sujeito como algo imediato; lá onde o sujeito se sente totalmente certo de si mesmo, na experiência primária, é aí que ele é uma vez mais o menos possível sujeito.” ADORNO, Theodor. *Dialética Negativa*. Op.Cit., p. 41.

dade de dados e informações: foi também *Adorno* quem chamou atenção para a necessidade da pesquisa qualitativa e não apenas quantitativa nas ciências sociais ⁴³⁷.

Fato é que sem esses “duplos-opostos” verdadeiramente constitutivos do “acesso ao mundo” como que se abandona o pensamento humano num lance de abstração, fazendo-o perder sua relação normativa com o *real*, com o concreto e sua historicidade, mas também com o universal. É, ademais, na assunção (e respectivo trazer às claras) desses *opostos-duplos* que então, não obstante já desde a origem terem participado como peças fundantes de todo o pensar e, por conseguinte, de todo plausível *acesso ao mundo*, todavia ainda alheados ao trabalho teórico – porquanto distante daqueles opostos que os constitui – que até hoje caracteriza o “labor do cientista” (também do cientista humano e, portanto, do jurista), que o nosso tempo como que se esforça novamente por salientar (redescobrimo) a sua importância. Esses opostos nos surgem – e aqui chamamos a atenção, principalmente, para a filosofia frente à ciência, haja visto nossa temática mais imediata se referir ao direito e ao pensamento jurídico – em sua proeminência reflexiva depois de uma “experiência desiludida” (como pensamento moderno) e convoca-nos com isso a mais uma vez aceder à profundidade do *real*, sem abrímos mão, para tanto, daquilo que lhe é inexorável e inevitável, ou seja, sua intrínseca complexidade, no mais das vezes indomável pelo pensamento.

b) Confirmando uma “continuidade”: também a autonomia jurídica se perceberia prejudicada quando o “pensar jurídico” intenta compreender o “direito-objeto”.

O que por ora importa perceber é que essa “problemática epistemológica”, se não verdadeiramente *filosófica* (o alheamento histórico do pensamento face à realidade) atinge em cheio também a “paisagem jurídica” e o pensamento que a pensa – como com efeito não poderia deixar de sê-lo – e isso de tal modo que se nos apresente o direito hoje naquele “feitio problemático” ao qual há pouco nos referíamos. Essa disposição problemática da juridicidade ganha em evidência na medida em que novamente

⁴³⁷ “É preciso, assim é dito, invertendo o movimento conceitual da síntese, ser capaz de, na medida em que se divide em partes, proceder segundo as articulações, conforme a natureza, e não tentar, tal como um mau cozinheiro, romper qualquer membro.” ADORNO, Theodor. *Dialética Negativa*. Ibidem, p. 45.

se no afigura (como que *reinventados*) a centralidade e a reatualização daqueles “duplos-opostos” – especialmente, aqui, a referência à *justiça* – também no âmbito das reflexões que giram em torno da realização jurídica: não se deve ignorar, contudo, que essa mesma realização tem sido um tanto descuidada pelas reflexões que atualmente atendem e *concertam* referida problematidade a partir da referência ao justo no direito, subsumindo-o em teorias amplas ou genéricas⁴³⁸. Ainda assim, urge que se tenha claro que as chamadas *teorias da justiça*, nas suas mais variadas facetas como veremos, se disponibilizam a apreender e concertar o direito nesse *pathos* da problematidade, ou melhor, neste momento em que estamos a rever a premência ou não de uma reabilitação filosófica em relação à ocorrência do direito. Não se deve perder de vista que também no campo dos estudos jurídicos aqueles “duplos-opostos” foram igualmente velados e como que mantidos à margem das conversações próprias à “ciência do direito”: lembremos o distanciamento no todo tradicional que o normativismo jurídico operara entre as esferas do *ser* e do *dever-ser* (*Sein und Sollen*), dicotomia fulcral na separação entre direito e pensamento jurídico.

É aí que se firma, ademais, a dicotomia cognitivista entre direito e justiça, embora também o normativismo traga consigo uma concepção de *validade formal* e de relativismo valorativo: ocorre que com essa intenção calcada num pensamento jurídico dicotômico, embora subterraneamente marcado por opções morais e concepções de justiça, perde-se o lastro reflexivo que se impõe esteja presente para que se pense de fato o direito como direito. Para que o direito se realize como tal importa que a normativa juridicidade permita-se reconhecer, para além certamente do assentamento de sua característica intencionalidade, também como fenômeno histórico-socialmente coetâneo, isto é, como dimensão efetiva da prática social, como que a reverberar a ruptura do distanciamento fictício entre *Sein und Sollen* no âmbito daquela mesma intencionalidade. E, para tanto, admitir a continuidade entre reflexão filosófica – mormente a “filosofia prática” que hoje se ocupa da problematidade que toca o direito – e pensamento jurídico se mostra deveras infungível: é aí que se faz possível salvar aquela refe-

⁴³⁸ Um exemplo paradigmático nos vem da reflexiva reconstrução racional-procedimental da “validade” normativa do direito no plano de sua própria “facticidade”, de JÜRGEN HABERMAS, ou, simplesmente, do seu “princípio de discurso como fundamento de uma reconstrução. Sobre essa temática nos deteremos mais adiante, mas importa ficar assentado desde já termos aqui um exemplo de intento de trabalho com o direito sem uma preocupação mais específica com o que, de fato, caracteriza a *juridicidade*, ganhando aí relevo, antes, preocupações com o *Estado-de-Direito*.

rência – ainda hoje difícil de fazer alinhar – entre as mais diversas perspectivas de justiça e pensamento jurídico, não obstante a tenhamos de reinventar e assim reescrever transversalmente, como veremos.

De qualquer maneira, tal empenho de reabilitação não se realiza, assim sem mais, com o mero regresso (*ad infinitum*) das orientações filosóficas e supra-normativas que insistentemente articulam diligenciam correções ao devir da realização jurídica na esteira de algum *neo-jusnaturalismo*, tal como se nos fosse viável resgatar uma naturalização do direito, mas tampouco se dá por meio de uma sua categorização moral. Se historicamente um tal discurso atingiu vazão no âmbito dos estudos jurídicos – sobretudo, como é notório, no segundo quartel do século xx – como espécie de reação jurígena às tragédias humanas e culturais que então se vivenciara, um intento restaurativo assim desenhado soa-nos hoje no mínimo risível, senão simplesmente ingênuo ⁴³⁹. Isso, porém, não nos deve conduzir a uma rejeição peremptória desse formato histórico de pensamento jurídico: por certo teve ele o seu tempo, bem como sua funcionalidade, de modo que ainda hoje guarda a sua relevância jurídica, sem que possamos deixar de lembrar que a contingência a que está condenando o *devir-direito* (bem o pensamento que o pensa) por vezes demanda normatividades e modos de pensar e realizar o direito que somente a *historicidade*, vislumbrada tal qual um ambiente de complexidade e de caos, poderia quiçá esclarecer.

Impossível não nos vir à lembrança a essa altura da eloquência histórica de um jurista como *Gustav Radbruch*, que, ao rejeitar o seu próprio (e anterior) pensamento jurídico – aquele de um positivismo que lhe acachapou no pré-guerra (segunda guerra mundial) e o fez pretender fundar o “direito válido” (a “validade jurídica”) no

⁴³⁹ “Inmediatamente después del hundimiento del régimen nacionalista, las miradas de los juristas alemanes (al igual las de los teólogos y las de los filósofos) se dirigieron a la búsqueda de principios jurídicos suprapositivos. Se quería encontrar una medida ideal que pudiera decidir cuándo constituyen Derecho obligatorio las disposiciones eficaces en la práctica emanadas del supremo poder del Estado, una medida “de acuerdo con la cual lo que no es Derecho continúa sin ser Derecho aunque se presente bajo la forma de una ley”, tal como se expresaba Radbruch en el año 1947. Estos esfuerzos desembocaron en múltiples replanteamientos jusnaturalistas que, en su mayor parte, manifestaron los mismos defectos constitutivos que ya anteriormente habían hecho perder la fe en el Derecho natural; porque, en efecto, resultaba demasiado claro que transponían al orden de la realidad sus propios deseos subjetivos, para extraerlos luego de allí en calidad de normas objetivas (em aparência).” WELZEL, Hans. *El problema de la validez del derecho*. In. *Derecho injusto y derecho nulo*. Jose Maria Rodriguez Paniagua. (org.). Madrid: Aguilar. 1971, p. 73. Nesse mesmo sentido, Ricoeur é eloquente: “O choque produzido pela recrudescência da violência durante o horrível século XX explica em grande parte essa ocultação da problemática jurídica por aquela que se pode qualificar em termos gerais de ético-política.” RICOEUR, Paul. *O Justo I*. Op.Cit., p. 02.

valor estrito da segurança (*segurança jurídica*) –, buscou mais tarde inferir ao direito positivo o reconhecimento inevitável de um direito *supra-legal*, este sim a fundamentar a juridicidade no âmbito de uma *justiça*, ou de um “direito natural”⁴⁴⁰. Um direito *supra-legal*, perceba-se, que afinal permitiria considerar a “lei positiva” como um “não-direito”, restringindo-lhe sua validade jurídica (a “validade de direito”), não obstante fosse eficaz⁴⁴¹. De outro lado, e na mesma esteira, igualmente oportuno é lembrar-nos do importante contributo à referida restauração da naturalidade jurídica do direito que vem de *Helmut Coing* e sua pretensão de buscar o “direito natural” nos assim chamados “princípios superiores e fundamentais do direito”⁴⁴². Embora essas referências já hoje sequer façam parte efetiva no vocabulário do jurista, soando-nos excessivamente romântica a crença numa arquitetura jurídica que alcance firmeza histórica na asseveração de uma axiologia *supra-legal*, não se deve olvidar da *eficácia* que tais pensadores tiveram também na realização do direito, atingindo-se o devir do direito em sua prática: com o que fica claro, entretanto, que a reflexão jusfilosófica tem esteio suficiente para se firmar normativamente na edificação da juridicidade, tendo sido referida em dimensão (histórica) constitutiva, e já não tão só de forma “intencionalmente regulativa”⁴⁴³.

⁴⁴⁰ CUNHA, Paulo Ferreira. *Reflexões sobre o direito contemporâneo*, pp. 34 e seguintes. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/PF/article/viewFile/865/958>

⁴⁴¹ Para um breve estudo do pensamento de GUSTAV RADBRUCH, com ênfase na discussão em torno da difícil e truncada relação entre *direito* e *justiça* e na exposição da assim chamada “Fórmula de Radbruch”, Cfr.: ALEXY, Robert. *Conceito e Validade do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. Desde já, não parece desinteressante assentarmos a definição de direito a partir da qual Alexy está aí a trabalhar: “O direito é um sistema normativo que (1) formula uma pretensão à correção, (2) consiste na totalidade das normas que integram uma constituição socialmente eficaz em termos globais e que não são extremamente injustas, bem como na totalidade das normas estabelecidas em conformidade com essa constituição e que apresentam um mínimo de eficácia social ou de possibilidade de eficácia e não são extremamente injustas, e (3) ao qual pertencem os princípios e outros argumentos normativos, nos quais se apóia e/ou deve se apoiar o procedimento de aplicação do direito para satisfazer a pretensão à correção.”

⁴⁴² COING, Helmut. *Elementos fundamentais da filosofia do direito*. Porto Alegre: Fabris, 2002, pp. 231 e seguintes.

⁴⁴³ ALEXY, Robert. *Conceito e Validade do Direito*. Op.Cit., pp. 07 e seguintes e, mais à frente, 41 e seguintes. Da mesma forma, Cfr.: CASTANHEIRA NEVES, A. *A Crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia*. Op.Cit., pp. 37/52. E à página 48 deste último lê-se: “Por tudo o que fica clara a explicação de ter falhado a restauração do direito natural no imediato pós-guerra e igualmente a falência de uma filosofia do direito antipositivista que se quis fundar nessa restauração. Se o sentido tradicional, axiológico-normativamente absoluto e dualizante do direito natural se revelava, por um lado, incompatível com as dimensões filosófico-culturais do contexto prático contemporâneo, este mesmo contexto como que forçou, por outro lado, o “direito natural” a adquirir múltiplos e diversos significados que acabaram afinal por dissolver o seu sentido filosófico-jurídico específico.”

Certamente que não se pretende fazer aqui um levantamento histórico desse percurso reflexivo, sobretudo porque por ora não nos parece pertinente, sendo nossa intenção apenas referenciar algumas intencionalidades que têm de fato conquistado teor normativo no âmbito do pensamento jurídico, haja vista, exemplarmente, o trabalho de *Robert Alexy* que há pouco foi citado e sua aspiração por uma “correção moral do direito”. O que se quer aqui, em verdade, é deixar às claras a perspectiva com a qual se está a trabalhar, e com a qual estamos a nos perfilhar, qual seja aquela de um olhar jurisprudencialista da juridicidade (repitamos: um olhar que percebe o direito como *decisório-judicativa*), a admitir sim a referência ao *justo*, todavia não numa sua standardização e antes no “espaço” – que deve ser garimpado por uma metodologia própria – daquela convalescença reflexiva. A justiça no direito, sob esse enfoque, ocorre no plano de uma metodologia e tem, portanto, feitiço *processual*, como já salientado por *Josef Esser* e *Martin Kriele*, no entanto tal enfoque é ainda muito pouco frequentado, daí, quiçá, a possível estranheza que a presente concepção possa gerar. De outro lado, parece-nos que o leitor mais atento não deixará de notar a proximidade de tal enfoque (ou proposta) com as análises de *Paul Ricoeur* acerca do Justo, como também já assentamos. Trata-se de perceber e assim conceber ao direito um espaço próprio de realização, um espaço-território privilegiado em termos metodológicos. A processualidade do direito pode, com efeito, e em razão de sua clara reflexividade, garantir afinal a um “justo jurídico” quando referido metodologicamente a problemáticas específicas. Esse justo jurídico perde força, contudo, quando se aposta naquilo a que estamos a referir por “perspectivas macro-lógicas” da justiça, isto é, estudos teóricos (com forte pendor teórico) que intentam uma planificação das ações humanas a partir de categorizações abstratas, perdendo-se com isso a historicidade e a contingência que nos marcam em nossas práticas sociais.

Daí *Hans Welzel* ter concluído pela infungível contingência dos valores humanos e sociais, dos princípios e conteúdos materiais da axiologia como um todo, de sorte a confluir aí com os enredos filosóficos que o “pensamento existencialista” (a ele contemporâneo) também assentiria⁴⁴⁴. Essa profunda contingência faz fracassar, por-

⁴⁴⁴ “Il tono fondamentale della filosofia della vita era dato dall’assenso amichovole Allá ricchezza inesauribile della vita, dalla felice accettazione dela suo perpetuo mutamento, e dalla attesa speranzosa di nuove feconde possibilità e constellazioni. Ma questo accento fondamentali era ambivalente. In vista del dissolversi di tutti i contenuti e della <<anarchia delle convinzioni>>, quella filosofia si trasformò – sempre più intensamente e durevolmente – in rassegnazione e in angoscia di fronte alla vita. In questa

tanto, qualquer tentativa de se asserir uma justiça calcada numa dimensão estritamente material da axiologia (embora não negue o seu intento), sobretudo no que toca a realização do justo no âmbito jurídico, forçando-nos lembrar das dificuldades do tema que estamos a enfrentar: as relações entre direito e justiça (ou, pensamento jurídico e pensamento filosófico). De modo que se o projeto de “pensamento moderno” tem como uma de suas categorias principais a de *secularização*, a empreender o descolamento do pensamento frente às amarras metafísicas que o contexto cultural (e filosófico) então fazia premente, tal categoria se nos apresenta como que contínua, isto é, a se firmar no próprio devir (na estrutura) do pensamento como um todo ⁴⁴⁵. Se o pensamento se seculariza desligando-se da força normativa que lhe chega das explicações mitológicas, dos enquadramentos místicos e da religião, também da ciência e da lógica – como formato hoje tradicional de se operar o pensamento no campo das humanidades – tende ele a se libertar. O que persiste, no entanto, é o próprio *pensar*, a buscar de forma incessante, aqui e ali, algum referencial normativo para a sua prática, ou seja, para o seu reencontro com a realidade. Assim como o homem só caminha para a morte porque pensa, isto é, só assume a morte como uma sua condição existencial inevitável porque está a pensá-la, também com o direito só há a tomada de decisão porque há um pensamento jurídico que lhe permite fazê-lo. Que caminho que se escolhe e que será tomado nesse devir é o que por vezes nos traz a angústia e a perplexidade que nos leva a continuar a pensá-lo. As escolhas que se faz no âmbito do pensamento jurídico, optando-se por essa ou aquela concepção de justiça – assumindo, portanto, essa ou aquela normatividade e respectiva responsabilidade –, é com efeito o fardo a que se tem de dedicar aquele que pensa o direito, tencionando nesse ou naquele sentido, todavia sabendo da dificuldade que encontrará em asserir à prática do direito tão só *um* olhar sobre a justiça.

Dessarte, parece-nos que as pretensões que marcaram aquelas tentativas de uma muito específica restauração jurídica no pós-guerra, cujos trabalhos desenvolviam-se como que sob a epígrafe de um “renovado direito natural” (com a assunção de

atmosfera è nato l'esistenzialismo.” WELZEL, Hans. *Diritto naturale e giustizia materiale*. Milano: Giuffrè, 1965, p. 317.

⁴⁴⁵ Sobre a centralidade da categoria de secularização no desenrolar estrutural do pensamento moderno, Cfr.: BAPTISTA PEREIRA, Miguel. *Modernidade e Tempo. Para uma leitura do discurso moderno*. Op.Cit., p. 39 e seguintes. Ainda: HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro. Estudos de teoria política*. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

supra-legalidade ao direito histórico) e igualmente do retorno à “natureza das coisas” (como intento de atingir o fundamento último da juridicidade), seja num horizonte axiológico-material seja ainda ontológico-antropológico, devem ser rechaçadas. Fato é que, não obstante com essa tal procura pela *natureza das coisas* se vá além das inferências materiais e categóricas de uma axiologia fundante do direito, de modo a se atingir aquilo que se chama de o “ser” do Estado, o “ser” do tribunal, o “ser” da justiça, ou o “ser” da família, ainda assim o que se teria de ver aí é espécie de *tertium genus* ante as apostas positivistas (objetivistas) e as jusnaturais (subjettivistas) do direito. Como salienta *Castanheira Neves*, teríamos aí verdadeiramente não o momento originário da institucionalização do direito, ou o seu “último” degrau de realização, mas antes, e apenas, o “penúltimo”⁴⁴⁶. Não se teria atingido aquilo que verdadeiramente interessa que se compreenda em direito: “e só o tradicional, pré-crítico e pré-existencial, dualismo objecto/sujeito, responsável pela metafísica dicotomia *res extensa / res cogitas*, ser e consciência (subjectividade), impunha que continuamente se oscilasse, na intenção fundamentante, entre o “em si” ou o essencial e o substancialista ser objectivo e o “para si” puramente autônomo da consciência (e vontade) subjectiva – como diria Sartre.”⁴⁴⁷

Não é sem sentido, portanto, que a segunda metade do século XX (maiormente em suas últimas décadas), já suficientemente cansada do “discurso metafísico” e das “teorias positivistas” da experiência social – sobretudo no que toca a literatura que se dispõe em torno das problemáticas epistemológicas e de teorias de ciência –, mas i-

⁴⁴⁶ “Não se estranhará, assim, que também a convocação da “natureza das coisas” – qualquer que fosse o relevo a reconhecer-lhe a nível metodológico – tivesse sido abandonada como tema renovador da filosofia do direito, não obstante todas as brilhantes reflexões que lhe foram dedicadas. E todavia naquilo mesmo que fundamentalmente determinara esse fracasso, e bem assim o fracasso paralelo da restauração jusnaturalista, poderia pensar-se em ver a abertura para um novo e agora bem actual (relativamente ao contexto filosófico-cultural implicado) sentido da filosofia do direito: superando o metafísico-ontológico essencialismo clássico pela compreensão da existencial historicidade do ser e da *práxis* humanos, essa mesma compreensão justificaria que à tradicional perspectiva filosófica especulativo-teorética (referida a um ser heteronomamente objectivo e “em si” também no domínio da problemática dessa *práxis*, e não menos ao universo jurídico) se substituísse a perspectiva de uma autêntica filosofia prática. Uma filosofia que assumisse crítico-reflexivamente e crítico-fundamentantemente o sentido autoconstituente da *práxis*, e justamente no seu esforço auto-poético pelo sentido e a validade.” CASTANHEIRA NEVES. A. *A Crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia*. Op.Cit., p. 51.

⁴⁴⁷ Ibidem, idem. De outro lado, como ensina Adorno: “Foi por isso que Sartre reportou tudo ao momento que não é mais tolerado pela prática dominante, e, de acordo com a linguagem da filosofia, se chama espontaneidade. Quanto menores se tornaram as chances objetivas oferecidas a ela pela distribuição sócia do poder, tanto mais exclusivamente ele passou a clamar pela categoria kierkegaardiana da decisão.” ADORNO, Theodor. *Dialética Negativa*. Op.Cit., p. 49.

gualmente fatigada, por outro lado, com os fracassos do dito capitalismo tardio, como se lê no âmbito da crítica sociológica – e nesse sentido a seminal *Dialética do Esclarecimento*, de Theodoro Adorno e Max Horkheimer é certamente paradigmática –, se nos apresente qual um celeiro fértil para a “reabilitação da filosofia prática”. Numa crítica que se disponibiliza como que em duas frentes, filosófica e social, o discurso daí decorrente formou, com efeito, uma miríade de críticas especializadas. Ao que parece, não poderá ser hoje outra a concepção de uma “filosofia do direito” como adequada à realidade, senão aquela que se atesta como crítica, embora autêntica e alocada num espaço próprio, isto é, sua intencionalidade deve querer ganhar terreno na prática humana, ganhando vazão na prática judicativa, sob pena de se tornar no todo supérflua. Ainda assim, não obstante essa evidência, as décadas de 70 e seguintes não seguiram sem mais por esse caminho de reabilitação, ao menos não de modo tão peremptório. Em razão da conjuntura cultural, bem como por uma série de outros fatores (mormente políticos e econômicos), também aí o que se verificou é espécie de “apagamento do sabor filosófico”, uma atitude por assim dizer “anti-filosófica”, tendo antes prevalecido um discurso, se já não de superação da filosofia, aquele de uma sua substituição pela crítica apenas econômica e política.

No que toca a dimensão *política* dessa atitude, cujos influxos se fazem forte no âmbito das “Teorias do Direito e do Estado” – e isso a ocorrer de maneira um tanto tardia no Brasil, haja vista a ditadura militar que aqui então se impunha, mas, ainda que tardiamente, com efeito não deixou mais tarde de pulular⁴⁴⁸ –, lembre-se da forte pressão (no mais das vezes bastante ideológica) exercida pela ideia do assim chamado “Estado-providência”. Trata-se de uma afirmação político-social quase que plena engendrando e alimentando o *espírito funcionalista*, ou tecnológico-instrumental e mesmo pragmático-utilitarista, que então se banalizava. Lembrando mais uma vez de Horkheimer, era a “razão instrumental” que estava com isso a ganhar ares de *ultima ratio* também do discurso e pensamento jurídicos, faceta concebida como que infungível e suficiente para o tratamento dos problemas que a realidade social impunha: era esse o privilegiado *logos* a se aceitar universalmente, uma vez que coetâneo às necessidades de uma temporalidade e de uma sociedade também já instrumentalizada e tecnocrata,

⁴⁴⁸ É possível acompanhar esses desdobramentos em: SAMPAIO ROSSI, Amélia. *Neoconstitucionalismo e superação da perspectiva positivista do direito*. Curitiba: Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade federal do Paraná, 2010. Conferir, especialmente, pp. 168 e seguintes.

e, afinal, triunfante. *Culturalmente*, na seara do pensamento filosófico presenciou-se a eclosão e o alastramento daquela compreensão que ainda hoje se mostra prevalente, a do *Linguistic Turn*, dinamizada a partir do pensamento analítico anglo-saxão que, embora contribuindo à crítica em face da orientação positivista do saber, admitindo mesmo certo “pluralismo linguístico”, no direito findaria por desembocar – em razão de sua aguda desavença com a “filosofia metafísica” – numa renovação do *neopositivismo jurídico*, como vimos no primeiro capítulo deste trabalho. Tudo a desencarnar espécie de *neoceticismo* do pensamento quando posto frente aos avanços da ciência e da técnica, em todas as áreas do saber humano, e no direito como que a se expressar num pensamento jurídico menos preocupado com o “como agir” (assente numa compreensão da *práxis* humana e social) do que com o “como fazer”, que *techné* empregar para lhes dar termo. É nesse contexto que se faz prevalecer aquela espécie de pensamento jurídico estritamente funcionalista, com a assunção (inumana) sociológica de um positivismo sócio-empírico e com inquietações de cariz *econômico-social*, ou simplesmente, como dito, um pensamento jurídico neopositivista.

Paralelamente a esse movimento de certa forma pragmatista firmava-se também, como que em absoluta contraposição ao olhar *desontologizante* da aposta na pura *techné* “não reflexiva”, uma perspectiva renovada da *hermenêutica filosófica*, nomeada filosofia hermenêutica. Uma hermenêutica que, uma vez assumida como filosofia primeira (ontológica ou mesmo pré-ontológica), já não oferecia suas inquietações na instância das ditas preocupações metodológica, ou simplesmente epistemológico-metodológico. A essa nova filosofia hermenêutica não interessa tanto o “como se deve interpretar”: com efeito, ela não se preocupa com o “melhor método” de interpretação, proeminente sobretudo para trabalhos culturais de teor normativo forte, como os do direito e da teologia –, antes lhe tocando um interesse diferenciado quanto a “compreender como se compreende”. Trata-se, em suma, de pensar uma hermenêutica como verdadeira filosofia, uma filosofia primeira, e não mais como metodologia da interpretação, como se daria num sentido mais tradicional. Também enfronhada numa discussão mais geral – aquela da *filosofia da linguagem* –, os avanços dos estudos hermenêuticos nos dirão que a “linguagem é a morada do ser”, como lembra *Heidegger*. E se os modelos clássicos de pensamento e de “acesso ao mundo”, da inteligibilidade humana como um todo, fincavam-se suas atenções nos métodos de fechamento conceitual e re-

ferencial, é contra isso que se passa com a nova hermenêutica a advogar: abre-se mão de qualquer universalidade *a priori* à experiência, alocando-se o seu olhar na própria facticidade e na finitude absoluta do homem e de seu pensar ⁴⁴⁹. Principalmente no que toca uma pretensão de reescrita da “teoria” do direito, a hermenêutica filosófica buscou se firmar como “filosofia prática” apta a solucionar as problemáticas que ocorrem ao jurista em seu labor cotidiano, na medida em que viabilizaria sua mediação cultural com a realidade histórica, fazendo unir, portanto, “homem” e “real”, direito e sociabilidade ⁴⁵⁰.

A hermenêutica filosófica, mormente a que se fez prevalente no âmbito dos estudos jurídicos, qual seja aquela de um desenho ontológico gadameriano, concebe de fato ao estudioso do direito importante cabedal reflexivo e inova suas preocupações teóricas na medida em que o leva a considerar as assim chamadas “condições de possibilidade” (o problema da *possibilidade*) da compreensão e da interpretação e, por conseguinte, do seu conhecimento do direito. Ganha então importância o “contexto de tradição cultural” do jurista, especificamente aquele *immer schon* que se impõe presente, *desde sempre*, nas interpretações e decisões que ele realiza: aí afinal a finitude do conhecimento jurídico e a inevitabilidade de um termo na discussão judicial, tudo como que carregado pelo presente com síntese temporal entre o passado e o futuro. Pode-se inferir, com efeito, que essa nova hermenêutica jurídica traz ao centro das discussões a necessidade de se “compreender como o jurista compreende” – salientada a pré-

⁴⁴⁹ “O pensamento não seria, afinal, sem pressupostos, nem poderia nunca libertar-se de, ou superar, um inevitável *immer schon* [já desde sempre] (Apel). Tipo de pensamento que, por isso, se haveria de reconhecer pós-metafísico, pós-objectivista (a superar o objectivismo científico-positivista) e mesmo pós-estruturalista. Pós-metafísico, já que, contra a intenção a um absoluto pensável, revelava a historicidade do pensamento, em que o material pensado e o modo que o pensa se correspondiam numa unidade primeira (...): irredutível relatividade contextual, referindo e pressupondo um determinado “horizonte” cultural imposto pela tradição também cultural, com a sua característica *Wirkungsgeschichte*, e no seio da qual necessariamente se pensaria. (...) Pós-objectivista, porquanto a estrutura sujeito/objecto, radicalizada na analítica da subjetividade cartesiana e kantiana que sustentava o objectivismo, era posta em causa pela referida reflexividade das condições de possibilidade de todo o compreender, e pela não menos irredutível participação constitutiva do sujeito na determinação significativa manifestada na “pré-compreensão”, com o implicado “círculo hermenêutico”. CASTANHEIRA NEVES. A. *A Crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia*. Op.Cit., p. 60.

⁴⁵⁰ “Só que, por um lado, o logos hermenêutico padece de uma carência capital e, por outro lado, a “filosofia prática” que intenciona não pode pretender dar uma base “pós-filosófica” – i. é, superadora de uma intenção materialmente fundamentante – ou sequer um sentido de transcendental reflexividade à juridicidade. Pelo que a “transformação da filosofia” que a hermenêutica se propôs ser também no domínio da filosofia do direito acaba afinal por revelar-se mais um factor de crise dessa mesma filosofia. Podemos vê-lo rapidamente. Diremos que, quanto ao primeiro ponto, a hermenêutica se revela com um *déficit* crítico; e, quanto ao segundo ponto, que está longe de oferecer a filosofia prática que o sentido do direito implica e por que haverá de ser pensado.” Ibidem, p. 61.

compreensão normativa, o círculo hermenêutico que liga passado e presente, etc. –, mas não se pode dizer que com isso ela atinja a questão central da juridicidade, o *problema da validade* do direito: “o problema da validade crítica dos sentidos que a tradição cultural, posto que institucional e comunitariamente porventura dominante, condicionaria e acabaria por determinar.”⁴⁵¹ Deveras, impõe-se reconhecer ao pensamento jurídico um inafastável e quiçá insolúvel “problema de validade”, no que vai implícito que além das ditas “condições de possibilidade” de toda compreensão e interpretação – a compreensão-interpretação jurídica – ainda outra interrogação deve ser feita, especificamente a interrogação quanto à validade concreta dessas mesmas compreensões e das decisões que são levadas a termo. De sorte que, apreendido a dificuldade nesses termos, teríamos desenhado um “problema de fundamentação” e não apenas de compreensão ou de filosofia hermenêutica: tem-se dessa forma um pensamento jurídico que não é essencialmente hermenêutico. Como ensina *Castanheira Neves*, sem essa muito específica interrogação quanto à validade jurídica não se atinge em verdade o “problema do direito” – o seu *porquê* –, como que a referir justamente a necessidade de uma tal interrogação. Daí que tenhamos de concluir não ser a hermenêutica, afinal, a “filosofia prática” que vai implicada na realidade jurídica e em seu momento de validação cujo critério normativo se desenrola em devir autônomo (ainda que a dialogar com *as justiças*) no mundo prático.

Daí também, e portanto, que as tentativas que seguem essa via de um repensar filosoficamente o direito na esteira da “compreensão hermenêutica” (que em verdade é pré-compreensiva e pré-ontológica) – e o arquitrave dessa empreitada encontramos na figura, central para a “filosofia do direito” mais coeva, de *Arthur Kaufmann* – se nos afigurem de certa forma inglórias⁴⁵². Como já foi salientado, com isso não se nega a

⁴⁵¹ “Pois que a compreensão, como *Vorstruktur* embora da existência humana, não impõe que todas as compreensões ou os sentidos obtidos segundo as condições que se reconheceriam nessa *Vorstruktur* hajam de ser igualmente aceitáveis ou sem que tenham de submeter-se à reflexão crítica que interroga pela sua validade e, portanto, igualmente pelos seus fundamentos específicos.” CASTANHEIRA NEVES, A. *A Crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia*. Ibidem, p. 62.

⁴⁵² No Brasil, é possível perceber um movimento hermenêutico filosófico, sobretudo no espaço das considerações constitucionais, representado, primacialmente, pelos ensinamentos de *Lenio Luiz Streck*, que, na mais recente edição de seu livro, *Verdade e Consenso*, tenta rebater algumas críticas à visão hermenêutica: sustenta-se aí que, diferente do que se diz aqui, pode ela dar cabo do “problema do direito” (o problema da validade jurídica) com a categoria de “interpretação autêntica”, na linha filosofia hermenêutica de *Martin Heidegger* e *Hans-Georg Gadamer*. Diz-se aí que a autenticidade da interpretação permite um controle da validade. Acontece que, sobretudo porque voltado a garantir a dimensão da “legitimidade política” no direito, o que se tem em mente aí é o horizonte contingente da interpretação ou hermenêutica constitucional. Nesse sentido, seria válida – e daí decorreria a “decisão correta” – a in-

participação de *momentos hermenêuticos* – e aí o “círculo hermenêutico” – na realização concreta do direito. Nossa intenção é apenas frisar que, não obstante sua centralidade no que toca o “cotidiano jurisdicional” do direito, que de fato requer o amadurecimento contínuo de uma tal reflexão, no âmbito propriamente da “teoria do direito” o olhar hermenêutico se mostra insuficiente. Com isso tampouco se está a sugerir um seu repúdio, haja vista a sua importância para o desenvolvimento do pensamento jurídico como um todo salientando na superação da “dicotomia kantiana” entre *ser* e *dever-ser*⁴⁵³. Todavia não se deverá perder de vista que não é nesse campo de reflexões hermenêuticas e filosóficas que encontraremos o melhor instrumental para o tratamento das questões mais agudas da teoria jurídica, principalmente, como vimos, aquelas que tocam sua problemática referente à indagação acerca da *validade do direito*.

Deve-se aceitar que o desígnio do pensamento jurídico no sentido de encontrar na “filosofia hermenêutica” (como hermenêutica filosófica) a tal “terceira via” que então conduziria-guiaria a ocorrência jurídica para além dos trilhos dicotômicos do “direito natural” e do “positivismo jurídico”, e a *ontologizar* em última instância essa ocorrência com uma sua *nova fundamentação* (uma fundamentação hermenêutica do direito), não vai muito além dos limites legislativos e decisórios do direito moderno: não parece muito simples coligar em que ela se diferencia, afinal, do normativismo criticista, ou, simplesmente, de uma teoria normativa do direito. É verdade que a vasta bibliografia produzida na esteira hermenêutica tem condão de abrir os olhos do estudante para questões até então silentes na reflexão dos juristas, e não é sem sentido, por-

interpretação com autenticidade constitucional. Fica evidente, ademais, que não se foge, com isso, à análise já mencionada. O olhar ao direito está considerando, sempre hermeneuticamente, o contexto de interpretação “possível” – ou “necessária” e “correta” – a partir de um objeto prévio, isto é, a ordem jurídico-constitucional, mas já não o próprio *dever* da juridicidade. Conferir, nesse sentido: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, especialmente, o *posfácio*.

⁴⁵³ E com isso a inferência inevitável de que toda hermenêutica, ou mesmo todo pensamento jurídico, é também, *immer schon*, normativa. “Para se concluir, em superação da distinção-separação kantiana entre *ser* e *dever-ser*, concreta ou de existência histórico-concreta, que só se manifesta no próprio processo da sua realização: ‘a justiça’ (*Richtigkeit*) não pode ter a sua sede só nas normas jurídicas, mas é imanente aos acontecimentos da vida social – mais precisamente, vai implicada na dialética de acontecimento da vida e norma, de *ser* e *dever-ser*; o que significa que o ‘direito justo’ não se oferece perfeito e pré-existente, como uma substância ou como um *estado*, acontece antes *historicamente* num processo sem fim; advém só num processo de compreensão, pois não pode haver uma ‘justiça objectiva’ do direito fora deste processo.” Pelo que ao direito corresponderia essencialmente também uma “analogicidade” – “o direito é originariamente análogo” – já que ele seria “correspondência (*Entsprechung*) entre *der-ser* e *ser*, que se revelaria como a própria “natureza das coisas”, e o direito assim um “acontecimento real”, um acto, a “*actio iustiae*”, afinal “*ipsa res iusta*”, como já em Tomás de Aquino – e a permitir tudo isto a falar novamente de um “direito natural concreto”. CASTANHEIRA NEVES. A. *A Crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia*. Op.Cit., pp. 64/65.

tanto, que a hermenêutica se tenha firmado como matriz teórica de ponta em quase todas as áreas da pesquisa acadêmica em direito, desde as mais dogmáticas até as mais críticas, como a da historiografia. O problema da prática do direito, nessa toada, não mais se identifica com os saberes advindos da lógica e da metódica – não se trataria de saber “como deve” o direito ser *metodologicamente deduzido* de axiomas genéricos como “normas gerais” –, mas antes com os saberes da história e da filosofia ontológica – tratando-se então de saber “como pode” ser aquela prática compreendida a partir desses novos questionamentos e respectivas matrizes. A “linguagem da história”, em contínua mutação, se colocaria como palco da reflexão, viabilizando um enfrentamento – com o déficit de criticidade acima referido – da historicidade do direito, então iluminada por meio de uma leitura ontológica, ou mesmo *pré-ontológica*, ou se preferirmos, pela clareira aberta pela pré-compreensão. Essa a assim chamada “virada ontológica” do direito, a referenciar a mediação da linguagem nas decisões e estudos *sobre* a realidade jurídica.

Se com isso resta para nós assentada em definitivo a insuficiência categorial do “olhar hermenêutico” sobre a teoria jurídica, bem como no que toca o instrumental reflexivo que se destina à apreensão da ocorrência jurídica, não podemos seguir ao próximo tema – que de fato já se permite antever – sem que antes façamos uma última reflexão, ou simples pontuação. Impõe-se operemos uma derradeira referência a essa “*matriz analógica do fenômeno jurídico*”⁴⁵⁴, para então nos lançarmos naquilo a que mais se interessam as linhas deste capítulo, isto é, as problemáticas em que se engendram as crescentes discussões em torno das “teorias da justiça”: problemáticas essas, no entanto, que demandam essa passagem pelos ensinamentos da hermenêutica filosófica, sobretudo porque, em alguma medida, parecem dela um tanto tributárias. Assim, no que tange ainda a essa matriz analógica, chamamos atenção, ainda que brevemente, aos ensinamentos hermenêutico-metodológicos de *Fernando Bronze*, o qual, não obstante as peculiaridades que marcam suas pesquisas no âmbito da juridicidade, tendo mesmo contribuído à análise jurisprudencialista dos estudos jurídicos (e portanto se colocando já a ultrapassar os limites da reflexão simplesmente hermenêutica), também

⁴⁵⁴ Especialmente no que toca essa análise da *analogia* como categoria metodológica da hermenêutica e do pensamento jurídico, a enfatizar a “analogia” como relação (em movimento) que liga realidade e pensamento humano, desembocando na proposta “*d’una definizione matematica del diritto*”, Cfr.: ROMEO, Francesco. *Analogia: per un concetto relazionale di verità nel diritto*. CEDAM – Padova, 1990.

a admitiu como central à ocorrência do direito ⁴⁵⁵. O direito ocorreria no devir da manifestação contínua de uma específica *analogicidade jurídica* entre aquilo que se põe ao estudioso como já “adquirido” de um lado e como “adquirendo” de outro, ou, ainda, entre o judicado e o judicando, tudo como que a expressar uma “experiência jurídico-histórica dialógica” em que o presente e o futuro normativo do direito se mostra atingido pelo seu passado. O “diálogo jurídico” característico da juridicidade se revelaria na relação metodológica (cunhada de *metodonomologia*) como espécie de “comparação” entre o decidendo e o decidido, o jurídico ainda problemático e jurídico já experimentado. A cortar essa relação se nos apresentaria o olhar hermenêutico, como espécie de “pré-compreensão normativo-judicativa” que se instala no âmbito intermediário (porquanto “mediador”) do “sistema jurídico vigente”.

Está-se aí a chamar atenção a uma específica “filosofia prática”, certamente que marcada pela polarização entre a hermenêutica gadameriana e o paradigma aristotélico de uma prática prudencial, não obstante aberta à crítica contemporânea que disponibiliza uma racionalidade (também uma *ética*) calcada no exercício dialogante das sociedades atuais. Ademais, prevalece com isso não apenas uma intencionalidade estritamente hermenêutica, que se poderia dizer “compreensiva concretizadora”, mas a aceitação que se impõe infungível ao pensamento jurídico de uma intencionalidade prático-normativa, de sorte que se vai até o campo do judicativo-decisório ⁴⁵⁶. Fato é que

⁴⁵⁵ “(...) o direito radica na prática, apresentando, como esta, uma contornável historicidade que define o carácter nuclearmente analógico da reconstituição de qualquer dos dois horizontes; e os precedentes representam – tanto no âmbito desta, como na esfera daquele – referentes circunstancialmente mobilizáveis que a traduzem, desonerando parcialmente o sujeito-agente e concorrendo para garantir (através da série de recorrências que conformam) a racionalidade da tarefa do seu experiencial enriquecimento; e quando metodonomologicamente se concluir pela procedência de um precedente (isto é, pela semelhança entre o fundamento da decisão de um problema pré-objectivado e o de um novo problema) está do mesmo passo a afirmar-se a respectiva <<vinculação normativa>>.” BRONZE, Fernando Pinto. *A metodonomologia entre a semelhança e a diferença – reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico*. Coimbra: Coimbra, 1994, pp. 591 e seguintes.

⁴⁵⁶ Vale a pena pontuarmos mais uma passagem de Fernando Bronze, embora um tanto longa, especialmente porque nos parece esclarecedora quanto a sua posição metodológica e a salientar uma referência aos “precedentes”: “Acresce que sem uma adequada relevância dos precedentes estaria a amputar-se a metodonomologia de um seu vector nuclear, transformando-a num dessorado exercício <<académico>>: o complexo entretecimento do seu específico horizonte de posição – da prática jurisdicional –, desimplica-se analiticamente nos <<fundamentos>> da mencionada <<presunção de vinculação>>; os diversos planos constitutivos do sistema jurídico e o modo como se articulam, impõem a sua consideração e permitem compreender a *ratio decidendi* como o pólo da respectiva significação normativa; o mérito jurídico autonomamente reconhecido à *quaestio disputata* e a sua aproximação dos (eventualmente disponíveis) precedentes circunstancialmente adequados, viabiliza uma sua prudencial interferência no processo judicativo; e o <<abandono da impostação positivista das fontes do direito>> (com o inaceitável <<reduativismo retrospectivo>> - isto é, com a recusa do problematicamente novo e do intencionalmente inovador – que a singulariza), concorre para recuperar a <<razão prática>> como um dos alicerces da

a intenção de compreender o sentido do direito tão só na esteira dessa “nova fundamentação hermenêutica”, como que a disponibilizá-lo sem mais numa aparição histórico-existencial (de realização concreta) e identificando analogicamente normatividade e realidade, *Sein und Sollen*, incorrem as reflexões jurídico-hermenêuticas, se levadas a sério em relação aos seus pressupostos e marcos teóricos (sobretudo gadamerianos), em problemática implacável. Ou o pensamento hermenêutico admite que todo e qualquer direito que assim se realize, concreta e existencialmente, é um “direito justo” – e então aquele déficit de criticidade se nos põe novamente às claras –, ou então terá ele de reconhecer que há em direito, em verdade, outro problema que não um problema estritamente hermenêutico-existencial, problema esse, porém, a que tal pensamento não tem condão de dar uma resposta e quiçá perceber: “de novo o problema de validade do direito daquele modo hermeneuticamente compreendido, o crítico problema da sua fundamentação normativa, afinal o problema do seu próprio sentido e da sua justiça.”

457

Não será, por tudo o que se disse, a resposta de uma “continuidade prática”, ainda que vazada pelas novidades da história e das *culturas* que aí se dispõem, numa estrita “fundamentação analógica” ou de “matriz analógica” que nos dirá a última palavra no âmbito da “teoria do direito”. Certamente que a “consistência prática da prática” muito tem a ensinar, todavia não nos indica aquele “último degrau” da intencionalidade jurídica e normativa – a dar afinal o próprio sentido da prática em questão (a prática jurídica válida) – que estamos a procurar, isto é, não sufraga o justo no direito. Numa palavra, não é um mero princípio hermenêutico, que no mais das vezes só faz

normatividade e corresponsabiliza o juiz na tarefa da contínua reconstrução do conjunto que conforma.” (...)“A participação do pensamento jurídico que assim se convoca, entretece o *Juristenrecht*; o desenvolvimento da normatividade que se lhe deve, permite qualificá-lo como <<fonte do direito>>; e as novas experiências proporcionadas pela prática estão na base da (permanentemente actuada) recomposição analógica da juridicidade vigente. Todas estas dimensões abicam no e irradiam do juízo decisório (numa dialéctica imbricação dos planos mencionados e numa dinamizante projecção dos arrimos discernidos), e desvelam-nos o modelo metodonomológico (concreto-prudencialmente ancorado e hermenêutico-sistematicamente cunhado) que nele se inculca (...).” Ibidem, p. 589/590.

⁴⁵⁷ CASTANHEIRA NEVES. A. *A Crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia*. Op.Cit., p. 66. Na mesma página, lê-se: “Não será pela sua historicidade mediatizada pela linguagem, nem pela correspondência de analogicidade entre a normatividade e a realidade, nem reconhecendo que o direito só o será em concreto e como resultado do seu analógico e dialéctico-argumentativo processo constituindo, que se saberá que justiça especificamente se manifesta na “*ipso res iusta*”. E, não querendo decerto aceitar assim uma qualquer “justiça” (um qualquer sentido axiológico-normativo realizado) há que interrogar criticamente pelo fundamento normativo por que regulativo-constitutivamente se oriente o seu sentido decisivo, positivamente decisivo, e lhe confira validade (validade axiológico-normativa).”

lançar o direito à indiferenciação e à indeterminação das pré-compreensões humanas, que logrará atingir o fundo de validade a que se tem de convergir na realização jurídica. Não é sem sentido, entretanto, que percebemos o próprio *Arthur Kaufmann*, embora verdadeiro baluarte da hermenêutica jurídico-filosófica do século passado, afirmar um *sentido* jurídico (o sentido do direito) no “valor da pessoa”, como que a ontologizar aí a sua realidade: “o direito só se poderá legitimar desde que ele garanta ao homem (a cada um) o seu reconhecimento como pessoa”⁴⁵⁸. É diante do reconhecimento da “insuficiência hermenêutica” como possível filosofia prática jurídica, e portanto como base e aporte para uma “teoria do direito” – *e qual seria afinal a teoria do direito enfrontada no pensamento hermenêutico?* –, que se infere, uma vez que se siga adiante na busca de novos referenciais reflexivos, não ser a tarefa da “filosofia do direito” o tão só compreender a juridicidade (sua *compreensão*), senão e sobretudo nos trazer algumas respostas: como ensina *Castanheira Neves*, respostas também acerca das condições de uma paz social duradoura e dos bens essenciais a que cada um deve ter acesso, mas principalmente, ou em primeiro plano, a questão do direito e do não-direito (*Unrecht*)⁴⁵⁹.

3.2. Filosofia Política e Filosofia do Direito: peculiaridades do justo jurídico.

a) Lançando mão da filosofia política: um último amarre para salvar o (tradicional) pensamento jurídico. O exemplo de “Uma teoria da justiça”.

Determinar o espaço para a realização judicativa do pensamento jurídico – e nós já adiantamos que se trata aí de garantir um espaço metodológico à ocorrência do

⁴⁵⁸ Conferir, sobre a abertura disso que Arthur Kaufmann chama de “terceira via” para a filosofia do direito, o seguinte: KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2004, pp. 60/79.

⁴⁵⁹ Essa empreitada por certo não se faz num isolamento absoluto da *filosofia jurídica* ante os demais olhares afins, como aqueles que nos chegam a partir da sociologia jurídica, da psicologia jurídica, da filosofia política, bem como da história e da economia, o direito comparado, etc.. Na convergência com essas outras frentes, a filosofia do direito pode no entanto tentar mostrar o espaço em que deve incorrer uma teoria do direito hoje possível, senão necessária. É no que estamos a crer, na esteira da bibliografia em que nos apoiamos para fazer este trabalho, de sorte que nos parece ser esse espaço o próprio *pensamento jurídico*, mas um *pensamento judicativo-decisório*, e portanto *processual*, destinado a “orientar” a *ocorrência prática do direito*, como ficou salientado na transcrição de *Fernando Bronze*, acima.

direito – como mote para as pretensões de reescrita da “teoria” do direito hoje viável, senão mesmo necessária (mormente no que toca, como acreditamos, a premência atual de um *direito crítico*), parece-nos, com efeito, ser a destinação primacial de uma reabilitação *filosofia do direito* ⁴⁶⁰. É com essa reabilitação que passa então a fazer sentido pensarmos num “justo jurídico”, ou seja, numa realização da justiça no e a partir do território próprio do direito, nos limites e lastros que o seu pensamento – o *pensamento jurídico* – permite atingir. Nessa esteira, tem-se em foco uma filosofia jurídica essencialmente prática, e assim não meramente compreensiva, todavia bastante peculiar e, como já se adiantou, distinta das marcas que uma *filosofia política* – também ela prática – imprime na referência ao justo, ou especificamente às justiças e respectivas *teorias da justiça*. Dessa sorte, a filosofia jurídica certamente dialoga com os esteios da filosofia política, da mesma forma que se viu forçada a dialogar com a filosofia hermenêutica, todavia tais diálogos se fazem, uma vez que se admita a autonomia reflexiva em que se engendra, de modo crítico.

Se as cogitações em torno da hermenêutica representam uma espécie de resgate – ou reviravolta – prática no domínio da filosofia geral, é também no contexto de uma filosofia prática, todavia num outro feito reflexivo, que se assistiu (e ainda se o percebe) o crescente influxo advindo da *filosofia política* e das meditações filosófico-políticas como um todo. Essa vazão como que permitiu se renovassem as forças do pensamento político contemporâneo, premiando com novos ares as teorias do estado e também aos estudos jurídicos no âmbito do constitucionalismo e do direito constitucional: com efeito, esse novo fluxo teórico atinge em cheio o direito, haja vista ser ele um território privilegiado a tais reflexões. Trata-se de movimento reflexivo que retoma na atualidade o assim chamado “problema de *Hobbes*”, qual seja a temática da “preservação da liberdade e da afirmação dos interesses individuais numa forma vinculante de vida em comum, e bem assim o problema político-social da legitimação e dos limi-

⁴⁶⁰ Não é inoportuno lembrarmos aqui algumas palavras de Paul Ricoeur, palavras essas que diferenciam claramente a *filosofia política* e a *filosofia jurídica*, e que parecem a essa altura ganhar em clareza: “Nos últimos anos, fui levado a pensar que o âmbito jurídico – apreendido com a feição do judiciário e suas leis escritas, seus tribunais, seus juízes e a pronúncia da sentença em que se profere o direito – oferece ao filósofo a oportunidade de refletir sobre a especificidade do direito em sua posição peculiar, a meio caminho entre a moral e política. Para dar um tom dramático à oposição que faço aqui entre uma política na qual a questão do direito é ocultada pela obsessão da presença incoercível do mal na história e uma filosofia na qual o direito fosse reconhecido em sua especificidade não violenta, proponho dizer que a guerra é o tema lancinante da filosofia política, e a paz, o da filosofia do direito.” RICOEUR, Paul. *O Justo 1*. São Paulo: Martins Fontes, p. 03.

tes dessa vinculação.” Deveras, a centralidade hoje da filosofia política para as teorias gerais no âmbito do pensamento jurídico parece mesmo manifesta, e por isso impõe-se dedicarmos algumas linhas a determinação dessa relação na atualidade. Com isso não se pretende, por certo, adentrar de maneira mais minuciosa na análise dos diversos enquadramentos possíveis de tal relação, isto é, da relação entre a filosofia política (com suas reflexões em torno da moral e das éticas) e o direito: adiante-se que essa relação tem sido pensada pela filosofia política de modo a negligenciar o dito “problema específico do jurídico”, nas palavras de *Paul Ricoeur*, diluindo-o no “problema geral da política”. De tal modo que, não nos tocando exaurir essa discussão teórica, serão aqui considerados apenas aquilo que tomamos, na esteira de nossos guias reflexivos, como o *essencial* desse contributo, aqueles tidos pelo atual pensamento político como os mais proeminentes. Ainda assim, e desde já, deve-se salientar que tais instâncias convergem uníssonas em espécie de “conclusão análoga”: a filosofia do direito como que é convertida em apêndice da filosofia política, ademais de haver também aqueles que simplesmente, sem mais, recusam em absoluta a referência à filosofia, tal se deu com aquela visão *funcionalista* a que já chamamos atenção. O que têm em comum, tais reflexões, é o estarem a invocar uma “justiça política” no todo distintas daquilo a que cabe se pensar no âmbito do jurídico (o dito “justo jurídico”), tratando-se antes de grandes ou macros modelos de organização e de distribuição global da sociedade.

Central para essa reviravolta da filosofia prática (e normativa), a fazer perpassar como dissemos novos ares no campo do pensamento político e social da segunda metade do século xx e ainda hoje com forte absorção acadêmica, é a publicação em 1971 de *A Theory of Justice*, de *John Rawls*⁴⁶¹. Ao propor uma *leitura intersubjetivista* do conceito kantiano de autonomia, intenta-se desbancar num só ato tanto certo “ceticismo filosófico” à época latente quanto o discurso opaco do “utilitarismo político”, esse último sabidamente dominante na cultura anglo-saxônica da qual faz parte esse que foi um professor de Harvard: lembremos, para refrescarmos a memória, dos utilita-

⁴⁶¹ “*Uma teoria da justiça* de John Rawls marca uma cesura na história mais recente da filosofia prática. Com essa obra, Rawls reabilitou as questões morais reprimidas durante muito tempo e apresentou-as como objeto de pesquisas científicas sérias. Kant formulara a questão fundamental da moral de forma que ela podia encontrar uma resposta racional: em caso de conflito, devemos fazer aquilo que é igualmente bom para todas as pessoas. Sem recorrer aos pressupostos fundamentais da filosofia transcendental de Kant, Rawls renovou esse princípio, com vistas à justa convivência entre cidadãos de uma comunidade política.” HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro. Estudos de teoria política*. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 65.

ristas clássicos aí prevalentes, tais como *Hume*, *Bentham*, *Stuart Mill* e *A. Smith*, entre outros. Uma tentativa de se distanciar de uma “concepção de moral funcional” (a utilitarista) voltada a resultados e erigir um entendimento da justiça como que calcada na prioridade do “*justo*” sobre o “*bom*”, com o que vai implícita a maior atenção às “instituições sociais” do que propriamente à prática dos indivíduos que nela estão: daí o adágio que se cunhou, segundo o qual a justiça é a virtude primeira das instituições sociais, da mesma forma como a verdade seria a virtude primeira dos sistemas de pensamento. Não se trata, portanto, de um olhar que favorece o cálculo global dos benefícios a serem usufruídos, tampouco o “bem da maioria”, mas de um olhar que traz consigo a densificação dos chamados “princípios da justiça”, estes a determinar a estrutura essencial da sociedade hodierna, isto é, uma sociedade democrática com uma base moral específica, uma “democracia constitucional”.

Perceba-se, porém, que não se está aí a falar de *uma justiça* como dimensão axiológica fundamental, espécie de *Grund* substancialmente e, por conseguinte, normativamente infungível ou qualquer outro contorno de elemento transcendente e de uma normatividade positiva pré-figurada. Em verdade, foge-se desses ditos lugares-comuns da filosofia política tradicional para se afirmar antes uma “justiça política” eminentemente prática, algo como um *modus* estrutural e procedimentalmente imanente à formação e organização político-social das sociedades humanas. Com isso, toda a construção dos princípios de justiça se dá com o respaldo de uma compreensão específica (e com uma epistemologia também específica de fundo) acerca do *jeito* ou da atitude (o *design*, nas palavras de *Habermas*) de que se utilizam as instituições capitais de uma comunidade humana – uma “sociedade política” – para que se opere a justa distribuição de direitos e deveres fundamentais, bem como a divisão dos benefícios da cooperação social entre os seus partícipes. Sem que se esqueça, antes se lhes dando ênfase, dos “princípios de justiça social” e dos critérios de tal distribuição (princípios distributivos) que comporão a “estrutura básica da sociedade”.

Já diante dessas primeiras referências não é difícil perceber que não se tem aqui uma reflexão voltada propriamente ao direito ou à sua juridicidade: o que está em foco antes é uma *renovada perspectiva* da “teoria da justiça”, com a qual se revigora igualmente a ideia de justiça como categoria teórica que até então se via reverenciada, no plano jurídico, como uma suposta e superior instância normativa – espécie de um

último degrau *supra*-positivo – da normatividade jurídico-objetiva. Nos termos em que se assenta essa perspectiva renovada, não estamos a lidar com uma *justiça* para o direito, mas especificamente com *uma teoria da justiça* para a sociedade, em suma, uma justiça social: em verdade, não se tem aqui mais do que um ideal global de justiça, de certa forma bastante teórico, em que ganha vulto uma apreensão da “justiça como ideia social”, um modelo hipotético de sociedade, de sorte que o seu real sentido (seu sentido normativo) vai concebido no bojo daquilo que se quer postular qual uma “concepção de sociedade”, tendo-se por base para um tanto uma também muito própria *compreensão* do “conjunto de necessidades e oportunidades” essenciais à vida humana em comunidade, ou societal. Não se perca de vista, entretanto, que se trata de uma específica forma de vida social, ou em comunidade, qual seja aquela que se permite vislumbrar numa *sociedade moderna*. É, de qualquer modo, o “sujeito individual”, isto é, o indivíduo que está aí em primeiro plano – daí ademais as análises críticas sobre *John Rawls* insistirem em alinhar o professor de Harvard aos adeptos do assim chamado “liberalismo teórico” frente aos comunitaristas –, sujeito individual esse que então é concebido como alguém livre e igual, partícipe de uma comunidade plural e racional em que pululam diferentes *teses compreensivas* e orientado em sua prática cotidiana por um ideal de “*bem*”, bem como por seus interesses próprios.

Ao lado desse olhar da *uma teoria da justiça* outras e mais coevas concepções de justiça – também “teorias da justiça” – que se lhe opõem criticamente o fazem todavia com esse mesmo intento de desenhar um ideal de justiça que abranja uma concepção de sociedade – uma justiça para a sociedade –, bem como um ideal de *sujeito individual*, ora mais afeito às práticas culturais locais e seus valores éticos comunitários, ora mais ligado a alguma universalidade teórica da moral conceitual ⁴⁶². Ainda assim, embora crítica, é sempre uma compreensão da justiça como esteio de uma concepção de sociedade que está em jogo, caminhando-se nessas construções como que em dois momentos, de uma visão abstrata de justiça a uma perspectiva, cada vez mais acentuada, de sociedade concreta (ganhando-se então “*empíria*”): é assim que ocorrem os movimentos que vão da justiça à política institucionalizada. Nessa esteira não pode deixar de se anotar que se no projeto originário de *A Theory of Justice* encontramos

⁴⁶² Para um aprofundamento nessa temática, encontrando-se aí também uma sua revisão crítica, conferir: FORST, Rainer. *Contextos da Justiça. Filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo*. Trad. Denilson Luiz Werle. São Paulo: Boitempo, 2009.

certa afinidade com uma intencionalidade mais universal, característica do olhar filosófico, de sorte a podermos ver aí verdadeira filosofia (um filosofia política), ao passo que nos posteriores trabalhos de *John Rawls* acentuam-se as opções por realidades político-culturais empíricas e bastante específicas, definido-se num certo intuito anti-metafísico sua política liberal.

Não é nossa intenção traçar aqui uma apreciação expositiva ou descritiva – interpretativa – mais detida ou exaustiva da *uma teoria da justiça*, tampouco alinharmos àqueles que se têm dedicado a contrapor-lhe uma crítica *ética* na mesma dimensão teórica, isto é, em termos de filosofia política e de possíveis concepções de sociedade. Nossa intenção é de fato mais singela e o que se impõe fazermos a essa altura restringe-se à tentativa de deixarmos assentado o “sentido global” dessa proposta, bem como das demais propostas de teorias da justiça, até onde as conhecemos, a fim de abriremos com isso um espaço para uma reflexão diferenciada do justo no direito: perceba-se que é nessa medida, na busca por esse território diferenciado, que se trata de falar em filosofia do direito. De qualquer sorte, esse movimento de deslocamento da discussão deve ser apreendido no esteio específico da problemática de que nos estamos a ocupar, aquela da referência inevitável – uma *inevitabilidade epistêmica*, mas também uma *obligatoriedade* – da ocorrência do justo no direito. Importa, portanto, delimitarmos os contributos advindos dessa *uma teoria da justiça* até o campo da filosofia jurídica, e de certo que também à “teoria do direito”, fazendo-se igualmente forçosa alguma referência aos seus críticos, quais sejam aqueles que efetivamente se têm orientado no sentido de ponderar também eles uma (*outra*) “teoria da justiça”. Desde já, deve restar assente que a caminhada da *uma teoria da justiça* opera espécie de defesa ou refundamentação de um esclarecido *liberalismo político*, então encarado como solução mais duradoura para os problemas político-sociais das sociedades democráticas de nossos tempos, sendo esse um dos alvos de seus críticos mais comunitaristas.

Certamente que o justo no espaço próprio do direito não vai aí determinado, uma vez que não se o reduz por meio de mera *decisão política*, irascível por excelência, não obstante o devir da juridicidade acabe por enfronhar em sua realização alguns esteios dessas decisões. Para a *reescrita* do sentido capital do direito (num sentido metodológico, daí sua reflexão ter de se colocar em duas frentes, como dissemos: validade e metodologia) que hoje se terá de assumir, a explicitação opaca de uma arquitetô-

nica meramente política não permite atingir. Antes o que esse descolamento da reflexão do campo metodológico, ou simplesmente especificamente jurídico, ao campo político – e assim ao chamado da decisão como delimitadora da juridicidade – nos mostra é mais um sinal da crise que atinge o direito como um todo⁴⁶³. Como que a se desconhecer, o teórico do direito mais atento às premências de seu tempo, sobretudo no que toca o correr do fenômeno jurídico, não titubeia em ir à busca de reflexões mais amplas, que possam afinal lançar luz às dificuldades pela qual passa o jurista. É em razão disso que ele acaba por perpassar paragens-territórios que por vezes, ou no mais das vezes, não são propriamente jurídicos, isto é, não referem o jurídico em suas considerações normativas. Não há dúvida que tal empreitada só pode enriquecer a reflexão jurídica, e o pensamento jurídico de fato se vê então como que renovado. Foi assim também com *Hans Kelsen*, que teve de ir até a “teoria do conhecimento kantiana” para fundar a sua *teoria pura*, todavia com pretensões de pureza jurídica: como já o vimos, as falhas epistemológicas que se colaram nessa construção a condenaram fatalmente. Não só o monismo aí inserto, como a intenção de dicotomização e consequente ausência de pensamento jurídico não se garante ante uma análise epistemológica – lembremos das tentativas de *Bobbio*, mais tarde, de fechar a sistemática da teoria pura a partir de uma análise do direito como *poder*. O mesmo vimos acorrer aos teóricos que foram até as explicações hermenêuticas, que, juntamente a essas mais coevas tentativas de buscar nas teorias da justiça um novo norte, embora muito ricas, como sói admitirmos, não fazem mais do que frisar a crise que perpassa o direito, especialmente, a crise da *teoria do direito*.

No que tange as reflexões de *John Rawls*, esboçemos algumas de suas principais notas, não visando como dito sua minuciosa definição mas tão só sua estrutura básica, o que se faz forçoso aqui empenharmos em razão da abundante absorção que esse teórico tem sentido no âmbito acadêmico jurídico, principalmente filosófico-constitucional. E, desde logo, é uma perspectiva *deontológica*, e não *teleológica*, que

⁴⁶³ “Estamos perante uma recuperação desse mesmo sentido, no que tem de irredutivelmente próprio, ou perante mais uma experiência da sua crise? Possibilidade dos segundos termos destas alternativas que, a verificar-se – como veremos que efectivamente se verifica –, não deixa de ser fortemente paradoxal, pois será essa conclusão obtida num contexto de invocação da justiça e da afirmação da sua prioridade.” CASTANHEIRA NEVES. A. *A Crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia*. Op.Cit., p. 71.

aí encontramos ⁴⁶⁴: não se dá ênfase a quaisquer “fins” ou objetivos materialmente fundantes da sociedade e da vida comunitária, tampouco a uma ideia abstrata de “bem comum” socialmente partilhado: “o utilitarismo é uma teoria teleológica ao passo que a justiça como equidade não o é.” ⁴⁶⁵ O sentido e o critério aí postulados se encontram antes na construção-aposta bastante particular de *uma* ideia de justiça a ser consubstanciada e explicitada a partir dos assim chamados princípios de liberdade e igualdade. No respaldo sociológico, a “justiça como equidade” traz implícita um *esquema cooperativo* de cuja prática adviria a conquista de benefícios recíprocos à base da regulação por meio daqueles princípios, escolhidos numa posição inicial também equitativa ⁴⁶⁶. De outra monta, está-se a contrapor a noção de sociedade como “administração eficiente” dos recursos sociais, cujo fito último se coloca na maximização dos prazeres, ou simplesmente dos desejos e da felicidade ⁴⁶⁷. São *pressupostos regulativos* que se colocam na instância do sentido e do critério a serem assumidos, não se os buscando em resultados empíricos e sociais, ainda que o objetivo seja a resolução mais adequada (razoável) do “problema social”, visando-se uma “justiça distributiva”. Nessa distribuição, uma vez que ganha vulto a dimensão mais abstrata da determinação da justiça, com influxo da *moral kantiana*, parece difícil percebermos aí os aportes da prática cul-

⁴⁶⁴ “A teoria rawlsiana já justiça é, sem dúvida alguma, uma teoria deontológica, uma vez que se opõe à abordagem teleológica do utilitarismo, mas é uma deontologia sem fundamento transcendental. Por quê? Porque é função do contrato social extrair os conteúdos dos princípios de justiça de um procedimento equitativo (fair), sem nenhum compromisso com alguns critérios objetivos de justo, para evitar, segundo Rawls, que se acabe por reintroduzir algumas pressuposições referentes ao bem.” RICOEUR, Paul. *O justo* I. Op.Cit., p. 67.

⁴⁶⁵ “Por definição, portanto, a segunda é uma teoria deontológica, que ou não especifica o bem independentemente do justo, ou não interpreta o justo como maximizador do bem. (Deve-se notar que as teorias deontológicas se definem como não teleológicas, e como entendimentos que não caracterizam a justeza de instituições e atos independentemente de suas consequências. Todas as doutrinas éticas merecedoras de nossa atenção levam em consideração as consequências no julgamento da justeza. Aquela que não o fizesse seria simplesmente irracional, inservível.” RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 32.

⁴⁶⁶ “Na justiça como equidade, a sociedade é interpretada como um empreendimento cooperativo para a vantagem de todos. A estrutura básica é um sistema público de regras que definem um esquema de atividades que conduz os homens a agirem juntos no intuito de produzir uma quantidade maior de benefícios e atribuindo a cada um certos direitos reconhecidos a uma parte dos produtos.” RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*, p. 90.

⁴⁶⁷ “A característica surpreendente da visão utilitarista da justiça reside no fato de que não importa, exceto indiretamente, o modo essa soma de satisfação se distribui entre os indivíduos assim como importa, exceto indiretamente, o modo como um homem distribui suas satisfações ao longo do tempo. A distribuição correta nos dois casos é aquela que permite a máxima realização. A sociedade deve distribuir seus meios de satisfação, quaisquer que sejam, direitos e deveres, oportunidades e privilégios, e várias formas de riqueza, de modo a conseguir, se for possível, esse grau máximo. (...) como acontece com todos os outros preceitos, os da justiça derivam do único objetivo que é o de atingir o saldo máximo de satisfação.” RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 27/28.

tural da ética comunitarista, de vertente hegeliana e aristotélica (e aqui parece que *Habermas* consegue se agregar mais facilmente à crítica cultural ⁴⁶⁸), de sorte que as instituições sociais não ganham a dimensão crítica dos valores históricos e locais, antes se firmando como *crítica subjetiva* (senão subjetivista), espécie de constructo civilizacional intangível a partir do qual deve partir a reflexão ⁴⁶⁹.

Não podemos deixar de anotar algo quanto a opção de *John Rawls* por um certo (e renovado) *contratualismo* como modelo construtivo a partir do qual se definiriam e assim se dinamizariam, sempre procedimentalmente, os ditos “princípios da justiça”: com um *pragmatismo* bastante característico na determinação tanto do sentido quanto do fundamento normativo a ser adotado, sentido e fundamento esses que, em razão dessas opções estruturais, não se nos apresentam como instância referida meramente “ético-racionalmente”, repensando-se teoricamente o “contrato social” nos termos de um “acordo original” cujo objeto de discussão seria a definição mesma daqueles princípios de justiça (liberdade e igualdade). Trata-se de uma teoria da justiça, e por conseguinte de *uma justiça* hipotética, haja vista a propriedade de “artifício expositivo” desse acordo, como se salienta, espécie de “situação discursiva ideal” habermasiana, não obstante com resultados diferentes ⁴⁷⁰. A exigência teórica (e retórica) desse ar-

⁴⁶⁸ Trata-se daquilo que HABERMAS chama de “*revisão em face de experiências e aprendizados futuros*”. Diz: “Se é tão pesado o ônus da prova ocasionado pela subtração de informações que se inflige com o véu da insciência às partes em condição primitiva, então é natural que, para se diminuir esse encargo, se operacionaliza o ponto de vista moral de maneira distinta. Penso aqui no procedimento aberto de uma prática argumentativa que acate as severas pressuposições do “uso público da razão” e que não descarte já de antemão o pluralismo das convicções e cosmovisões. Esse procedimento pode ser elucidado sem a recorrência aos conceitos substanciais básicos, que Rawls usa para construir a condição primitiva.” HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro. Estudos de teoria política*. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 77.

⁴⁶⁹ Com isso não se está a pretender inferir que a concepção de *uma teoria da justiça* seja também rigorosamente kantiana, mormente porque ela refere *uma justiça* assumida como “*equidade*” (*fairness*), de modo que se distancia de uma sua possível categorização (um categórico): de fato, não se trata aí de um princípio moral (ou *ético*) universal, ganhando vulto a dimensão dialógica ou intersubjetiva. São “os acordos e as negociações” entre *peças livres* (idealizadas, no plano da teoria, como racionais e razoáveis) que partem de uma situação ideal que irão afinal definir *uma justiça*. Ainda assim: “Rawls se situa manifestamente na linhagem de Kant, mais que de Aristóteles. Lembro que a teoria da justiça – entendida por Aristóteles como uma virtude particular, a saber, a justiça distributiva e corretiva –, tal como todas as outras virtudes, extrai sentido do âmbito *teleológico* de pensamento que a correlaciona com o bem, pelo menos do modo como ele é compreendido pelos humanos; ora, com Kant ocorreu uma inversão de prioridade em benefício do justo e à custo do bom, de tal modo que a justiça assume sentido num âmbito *deontológico* de pensamento.” RICOEUR, Paul. *É possível uma teoria puramente procedimental da justiça? A propósito de Uma teoria da justiça de John Rawls*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 63.

⁴⁷⁰ “E se corresponderia à ideia do “estado de natureza” do contratualismo tradicional, não deixaria de dela decisivamente se diferenciar pela exigência ideal de traduzir uma “posição original de igualdade” – com abstracção ou recusa, pois, das diferenças de capacidade e outras que num estado de natureza empírico se teria de admitir e que, por isso, impediriam a formulação e aceitação equitativa, i. é,

tifício desemboca na cunhagem do metafórico “véu da ignorância” (*The Veil of Ignorance*), predicado este cujo emprego garante a ausência de conhecimento das posições sociais dos participantes do acordo, com o que se conquistaria, sempre hipoteticamente, uma *situação de igualdade* e correlativa *liberdade* necessária ao acordo racional. Não se perca de vista, frise-se, o caráter no todo teórico e hipotético dessa uma teoria da justiça, status que a condena em grande medida como ingloriosa, ou simplesmente teórica, pouco restando a uma determinação normativa, mormente na particularidade microscópica da ocorrência jurídica e seu problema específico frente à realização do justo.

Esse feitiço como que teórico (porque sobremaneira abstrato) de *Uma teoria da justiça*, certamente que normativa no âmbito interno de sua arquitetura, todavia pouco proeminente no que toca uma metodologia jurídica, tende a se tornar mais claro com o aprofundamento de sua análise⁴⁷¹: o que nos faz querer frisar, aqui, a constatação da inevitabilidade (um tanto irracional) da relação normativa entre direito e justiça, mas não sem salientarmos que essa última, se pensada apenas sob esse enfoque da *instância macro* (e social) a que estamos nos remetendo com *Rawls*, toca o primeiro apenas contingentemente. Assim, se o objeto do acordo originário é encontrado nos referidos princípios de justiça, estes encontram por sua vez na “estrutura básica da sociedade” o seu objeto: são os princípios da justiça que, em sua dinamização própria, tendem a articular as instituições sociais numa espécie de “sistema único de cooperação”. É aí que se definirá o *modus* por meio do qual essas instituições distribuirão os direitos e os deveres fundamentais, bem como a forma tal qual deverá ocorrer a divisão dos benefícios da “corporação em sociedade”⁴⁷². Deve-se sublinhar o “primeiro passo” a ser assumido por essas instituições, qual seja aquele que opera a distribuição dos assim chamados “bens primários”, concebidos desde sempre numa perspectiva societal (a partir

justa e por todos igualmente reconhecida, dos princípios da justiça que deveriam presidir à estrutura básica da sociedade e oferecer o critério fundamental da constituição e desenvolvimento da suas instituições.” CASTANHEIRA NEVES. A. *A Crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia*. Op.Cit., p. 73.

⁴⁷¹ “Rawls não pressupõe que algum grupo fez alguma vez o contrato social do tipo por ele descrito. Apenas afirma que, se um grupo de homens racionais se encontrasse na difícil situação da posição original, iria entrar em acordo nos termos dos dois princípios. Seu contrato é hipotético, e contratos hipotéticos não fornecem um argumento independente em favor da equidade do cumprimento de seus termos. Um contrato hipotético não é simplesmente uma pálida forma de um contrato real; na verdade, não é contrato algum.” DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 236.

⁴⁷² RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Op.Cit., pp. 303 e seguintes, bem como, pp. 03 e seguintes, quando da apresentação do “papel da justiça”.

de um modelo amplo), isto é, como condições ou meios dos quais todo homem em sociedade necessita à consecução de sua *vida pessoal* e, pois, social: cuida-se neste ponto especificamente de “bens primários sociais” referentes a direitos e liberdades, rendimento e riqueza, bem como oportunidades pessoais, mas já não se trata daqueles continuamente avocados “direitos primários naturais”, tais como a saúde, a inteligência e a imaginação pessoais, os quais, embora não dependentes imediatamente de um “controle social”, fazem parte efetiva do vocabulário das teorias da justiça. De qualquer modo, é de uma dimensão ampla de sociedade e sociabilidade que está a partir quando se concebe essa plêiade de qualidades primárias ao homem, bem como o caráter hipotético de sua determinação.

Abstraindo um tanto das problemáticas que a partir daí se abrem, decorrentes sobretudo da singular aproximação de *uma teoria da justiça* com uma “ética dos bens” e com um como que respectivo “paradigma distributivo”, este aparentemente mais afeito às visões de fundo aristotélico e utilitarista⁴⁷³, os princípios da justiça que no *design* específico da condição primitiva seriam racionalmente escolhidos são – como já adiantado – o “princípio da igualdade” e o “princípio da diferença”⁴⁷⁴. Cada qual, ademais, alocado num espaço distinto e específico da “estrutura social” e institucional correspondente: o primeiro operaria no âmbito das “iguais liberdades básicas”, ao passo que o segundo trataria das “desigualdades econômicas e sociais”⁴⁷⁵. Ambos, porém,

⁴⁷³ A essas problemáticas, Habermas dedicou uma análise crítica a nosso ver sobremaneira esclarecedora. Cfr.: HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro. Estudos de teoria política*. São Paulo: Edições Loyola, 2004, pp. 65/93. Como síntese, lê-se na página 71: “Para atores que decidem racionalmente, vinculados à perspectiva da primeira pessoa, o aspecto normativo, seja qual for, só pode se apresentar como conceitos de interesses ou valores, que são preenchidos por bens. Os bens são aquilo que é por nós almejados, aquilo que é *bom para nós*. Coerentemente, Rawls introduz “bens fundamentais” como meios generalizados de que as pessoas podem precisar para realizar os seus planos de vida. embora as partes saibam que, para os cidadãos de uma sociedade bem ordenada, alguns desses bens fundamentais assumem o caráter de direitos, elas próprias, na situação da condição primitiva, só podem descrever direitos como uma categoria de bens entre outras. Para elas, a questão que diz respeito aos princípios de justiça só pode se colocar como uma questão da justa distribuição de bens fundamentais. Com isso, Rawls se envolve com um conceito de justiça baseado na ética dos bens, que se encaixa melhor nas abordagens aristotélicas ou utilitaristas do que em sua própria teoria dos direitos, que parte do conceito de autonomia. Como Rawls se prende a uma concepção de justiça segundo a qual a autonomia dos cidadãos se constitui mediante direitos, o paradigma distributivo lhe traz dificuldades.”

⁴⁷⁴ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Op.Cit., pp. 64 4 seguintes.

⁴⁷⁵ Referindo-se ao *sistema social* pressuposto em *Uma teoria da justiça* e já mencionando sua articulação teórica no âmbito dessa teoria: “Assim, o sistema social é, primariamente, um processo de distribuição: distribuição de papéis, estatutos, vantagens e desvantagens, benefícios e encargos, obrigações e deveres. Os indivíduos são parceiros: *tomam parte*, uma vez que a sociedade distribui *partes*. (...) A justiça pode então ser vista como a virtude de instituições, mas de instituições que visem à promoção do bem daqueles que tomam parte nela.” RICOEUR, Paul. *A propósito de Uma teoria da justiça de John Rawls*, p. 74/75.

refreados em sua intencionalidade a partir de “regras de prioridade”, condenando-lhes a certa relatividade, bem como que lhe conferindo o seu “critério de aplicação” prática. Daí se falar na prioridade da *liberdade*, alçada à primeira e última instância da realização dessa uma justiça, sem que se esqueça todavia de assentar uma segunda instância – num crescente de prioridade – identificada com as ideias de *eficácia* e de *bem-estar* no âmbito social, tudo como que arquitetado num formato lexical ou “lexicográfico”: isso porque se trata mesmo de arquitetônica teórica que exige satisfaça-se primeiramente o primeiro princípio antes de se caminhar ao segundo, bem como que se concretiza este último para se caminhar ao seguinte, e assim por diante, seguindo-se espécie “ordenação serial” que permitiria a absolutização e o não questionamento dos princípios (concretizados) precedentes ⁴⁷⁶.

É, percebe-se, essa ordenação serial o que nos denuncia uma das características fulcrais dessa *uma teoria da justiça*, característica essa que afinal a condena – tanto a teoria quanto sua concepção de justiça – a uma série infindável de críticas, advindas de tantas outras teorias da justiça, de modo que não podemos deixá-la passar em branco: trata-se da sua índole processual, ou *puramente procedimental* (“*pure procedural justice*”) ⁴⁷⁷. Com efeito, encontramos em *John Rawls* a tradução e o desenho institucional de uma justiça sem qualquer vazão substancial ou de caráter conteudístico, uma vez que se mantém ela ausente de uma suposta “dimensão prévia” (ou *a priori*) que a alinhasse na esteira de fundamento material. Fato é que sua arquitetônica não vislumbra nenhuma dimensão materialmente constitutiva ou historicamente normativa, e isso porque se opta por abrir mão de um diálogo anterior que pudesse dinamizar uma intencionalidade determinante com as chamadas “doutrinas exaustivas”, de ordem tanto me-

⁴⁷⁶ “Os princípios da justiça devem ser classificados em ordem lexical e portanto a liberdade só pode ser restringida em nome da liberdade. Existem dois casos: (a) uma redução da liberdade deve reforçar o sistema total de liberdades partilhadas por todos, e (b) uma liberdade menos deve ser considerada aceitável para aqueles cidadãos com a liberdade menor.” RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*, p. 275.

⁴⁷⁷ “Quando subordinado ao bem, o justo deve ser descoberto, quando engendrado por meios procedimentais, o justo é construído; não é conhecido de antemão; supostamente, resulta da deliberação em condições de equidade absoluta. Portanto, todo o esforço de reformulação do contrato social por Rawls incidirá na relação entre o procedimento de deliberação e a condição inicial de equidade.” RICOEUR, Paul. *Depois de Uma teoria da Justiça de John Rawls*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 89. No mesmo sentido, NICOLAS ISRAËL: “Não existe nenhuma critério independente do justo segundo o qual se poderia estimar a exatidão de um procedimento de repartição dos bens. Trata-se então de estabelecer “uma justiça processual pura”. O que confere, assim aos homens o poder de construir a organização social que combine com “os princípios que eles consentiriam como pessoas iguais.” ISRAËL, Nicolas. *Genealogia do direito moderno*. Op.Cit., p. 170.

tafísica e religiosa quanto simplesmente filosófica e moral. Firma-se antes um discurso áspero que segue os trilhos (ideológicos) da dita “solução imparcial da equidade”, tudo a ser garantido, ao fim e ao cabo, por meio de um procedimento hipotético que tem início no lançar do véu da ignorância por sobre a compreensão de mundo dos partícipes do acordo inicial ⁴⁷⁸.

Com isso fica mais claro, entretanto, aquele déficit filosófico ao qual há pouco nos referíamos: esclarece-se também uma conclusão já antecipada, e aparentemente bastante evidente, segundo a qual temos em tela um pensamento cuja postura e cujas escolhas de fundo determinam uma teoria como de *pensamento político*, e de um muito específico pensamento político. A essa altura, não parece nada supérfluo chamarmos atenção para um ponto ulterior, esclarecedor das opções insertas nesse pensamento político, resgatando rapidamente uma meditação que acima foi delineada. Por certo que a reflexão hermenêutica, se não nos pode orientar de modo mais seguro (e normativo) no âmbito específico de uma “teoria do direito”, mormente que se pretenda crítica, ela nos ensina, porém, a “pensar como filósofos”, lembrando-nos que qualquer escolha ou decisão que se faça – seja no plano da política seja da epistemologia – traz em si inscrita um momento historicizante de *pré-compreensão*: lembremos, ademais, que essa pré-compreensão não se confunde com qualquer “imperativo categórico”, de sorte que não ganha asas num plano de suposta “universalidade de uma moral formal”. Antes o que faz é colocar-nos no chão da história, atingindo-nos como partícipes de uma dada comunidade: é, com efeito, a comunidade e os seus enlaces normativos o que nos dispõem em nossa pré-compreensão e portanto sobre os limites do possível e do impossível no que toca nossas decisões. De sorte que não parece equivocado dizermos que uma teoria da justiça como procedimentalismo puro (pretensamente cunhada *a posteriori*) não deixa de ser o reflexo do intento de racionalização de *um sentido* de justiça que lhe vai pressuposto: pense-se nos postulados-pressupostos dessa específica teoria, a ideia basilar que a norteia quanto a pessoas livres, iguais e racionais a dialogarem como que de modo contido e “civilizado”, ou ainda a concepção de “*bem*” a perpassar toda a opção por uma teoria “da justiça”, a precedência final dos enredos do comunitário ante o universal, do particular ao geral, do concreto ao abstrato e, portan-

⁴⁷⁸ “A justiça procedimental pura se verifica quando não há critério independente para o resultado correto: em vez disso, existe um procedimento correto ou justo de modo que o resultado será também correto ou justo, qualquer que seja ele, contanto que o procedimento tenha sido corretamente aplicado.” RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 92.

to, da prática ante o categorial. Dessarte, sua tentativa de deslocar as atenções da “questão do fundamento” para beneficiar uma “questão contratual” parece não vencer os contornos próprios do vocabulário das teorias da justiça que a defrontam política e moralmente, mas também epistemologicamente, condenando-a em seus próprios termos.

Dessas opções teóricas que estampam o pano de fundo da *uma teoria da justiça* resultariam, assim *John Rawls* quis fazer crer, “vantagens e benefícios racionais” (racionalidade essa garantida, ademais, na própria intenção de procedimentalização) a ganharem corpo e objetividade na correspondência e elaboração formal dos “princípios da justiça”: essas vantagens e benefícios racionais se fariam percebidos sobretudo se comparada a “justiça procedimental” em questão com outras possíveis concepções da justiça e conseguinte organização social. Aqueles dois princípios como que nos primariam da melhor e mais racional das justiças sociais, e isso pelo simples motivo (um tanto tautológico) de serem eles racionais: com isso, aos princípios da justiça acaba por se conceber uma racionalidade que encontra justificação numa “teoria da decisão”, da mesma forma que os demais funcionalismos, a qual dinamiza o procedimento do justo⁴⁷⁹. Há que se lembrar, todavia, que a racionalidade que vai implícita a essa “teoria da decisão” se desenha no mais das vezes como espécie de uma *racionalidade amoral*, no sentido de se ter de procurar um viés de neutralidade (uma decisão eticamente neutra), sem paixão e tal qual um procedimento de informação e de cálculo. Surge-nos aqui, todavia, um elemento de contradição interna à uma teoria da justiça: acima se salientou que a intenção puramente procedimental visa uma não categorização (“sem categoriais”) prévia do justo, devendo este ser lançado no devir do próprio procedimento racional. A escolha porém da teoria da decisão vai de encontro com o chamado véu da ignorância, e como que disponibiliza *a priori* alguns elementos que serão assumidos

⁴⁷⁹ “Rawls détermine les principes de justice en un choix prudent et rationnel, en entendant cette rationalité d’après le concept subjectif qu’en ont les théories de la décision: agit rationnellement celui qui poursuit exclusivement ses propres intérêts au moyen d’un processus d’information et de calcul sans passion. L’intérêt propre est certes pris ici doublement dans une acception purement formelle. De la théorie de la décision au sens strict à la théorie du choix social, en passant par celle du jeu, on laisse en effet deux questions en suspens: doit-on qualifier le contenu de cet intérêt d’égoïste, d’autruiiste ou de socialement indifférent, et l’ego don’t on calculi l’intérêt est-il un individu, un groupe ou la société? Mais, bien que ces décisions remplissent une obligation à l’égard d’un intérêt personnel si formel, elles n’ont aucun caractère catégorique, d’après Kant, mais obéissent à l’intérêt pour son propre bien-être, et sont donc pragmatiques.” HÖFFE, Otfried. *Principes du droit. Ethique, théorie juridique et philosophie sociale*. Paris: les éditions du cerf, 1993, pp. 221/222.

como infungíveis⁴⁸⁰. O que está em jogo no que toca a teorização de uma justiça de feição contratualista, ainda que renovado, é saber se se faz possível a substituição argumentativa pretendida, qual seja a troca de uma fundamentação ética por uma concepção puramente procedimental. E, ainda que não se pretenda refutar *a justiça rawlsiana*, quer dizer, mesmo que não se intente derrubá-la por inteiro, que há aí pressupostos materiais ou substanciais como que a preparar o campo para uma posterior exploração procedimental (e argumentativa), isso parece de fato inegável: perceba-se, diante disso, que não se tem a prevalecer aí uma verdadeira *ordem lexical*, antes uma *ordem circular*. Temos diante de nós não um argumento propriamente linear, mas um argumento que se orienta em circularidade contínua, como que “desvelando” passo a passo uma justiça cuja concepção se firma previamente⁴⁸¹.

O “desafio da escola contratualista” no sentido de fazer prevalecer ao menos teoricamente a dimensão procedimental, e assim como que a torná-la independente de quaisquer pressupostos indicativos do *bem* (cujos remetentes são os ditos “valores comunitários”), qual se daria num enfoque teleológico do conceito de justiça, afinal não se cumpre. Os esforços de *Uma teoria da justiça* para assegurar a autonomia dos dois movimentos centrais de seu argumento teórico, quais sejam a assertiva hipotética da “situação original” e a razão (racionalidade) que conduziria seus partícipes à escolha dos dois “princípios da justiça” visam uma linearidade cujo desenrolar desenvolve-se sobre a regência de um prévio *argumento moral*, o qual se antepõe como pano de fundo de toda a teoria. Fato é que aquilo que a primeira vista ou o primeiro olhar concebe como espécie de “argumento racional” – cuja intenção seria inferir uma “conclusão moral” a partir de premissas não éticas na origem – mostra-se, em verdade, sob um segundo olhar como mero “argumento moral”⁴⁸². É como se aquela ordem lexical viesse

⁴⁸⁰ “Avec la théorie de la décision et son paradigme, le choix prudentiel et rationnel, Rawls prête à un malentendu élémentaire qui fait de la justice le résultat d’un calcul, alors qu’en réalité, ce calcul est son correctif, valuable *a priori*. *Idem, Ibidem.*, p. 223. Conferir, nesse mesmo livro, também, pp. 225/227.

⁴⁸¹ “(...) a definição procedimental da justiça não constitui uma teoria independente, mas assenta na compreensão prévia que nos permite definir e interpretar os dois princípios da justiça antes que se provar – se é que isso ocorre – que se trata dos princípios que seriam escolhidos na situação original, ou seja, sem o véu da ignorância.” RICOEUR, Paul. *A propósito de Uma teoria da justiça de John Rawls*, p. 81/82.

⁴⁸² É o que ensina Paul Ricoeur: “À primeira vista, o argumento tem aparência puramente racional, dando uma conclusão ética a premissas não ética. Mas, se olharmos mais de perto, o argumento decisivo dirigido contra o utilitarismo, a saber, que é preciso estar pronto a sacrificar alguns indivíduos ou grupos desfavorecidos desde que isso seja exigido pelo bem da maioria, não poderemos nos abster de pensar que temos aí um argumento ético disfarçado sob um argumento técnico extraído da teoria da de-

como que pré-compreendida num nível de convicções morais já devidamente densificados num momento precedente, banhando os princípios da justiça e de fato inundando aquela situação original: “todo [esse] aparato argumentativo pode assim ser considerado numa racionalização progressiva dessas convicções, quando estas são contaminadas por preconceitos ou enfraquecidas por dúvidas.”⁴⁸³

Desse modo, se no capítulo primeiro deste trabalho tivemos de pontuar que a *teoria pura do direito* não é, como pretendia, tão pura assim, uma vez que – como vimos – a dimensão do *ser* (o próprio pensamento jurídico) desde sempre já se insere (como que a infiltra-la) na dimensão do *dever-ser* (o direito-objeto), temos aqui igualmente de deixar bem assentado, e isso para que possamos seguir adiante, que a *Uma teoria da justiça* tem seu formalismo procedimental e suas intenções de fazer o justo *a posteriori* inevitavelmente regido por fundamentos substanciais concebidos *a priori*. Se no primeiro caso o que abria a vazão da referida infiltração fora uma epistemologia (o modo de pensar) emprestada da teoria do conhecimento kantiana, o segundo caso se percebe agora como que traduzido desde sua raiz argumentativa a partir do fundamento transcendental da *autonomia* kantiana⁴⁸⁴. Perceba-se que esse “fundamento transcendental”, por certo caríssimo ao devir da filosofia prática contemporânea, não envolve tão só uma ideia abstrata de liberdade, aquela espécie de “liberdade racional” (a dita maioria kantiana) que disponibiliza as máximas da ação sob o espectro de *uma* universalização da moral qualquer e como que a conferir ao homem a certeza de ser ele

cisão em sua forma mais elementar, a teoria dos jogos, em que há ganhadores e perdedores desprovidos de qualquer preocupação.” RICOEUR, Paul. *A propósito de Uma teoria da justiça de John Rawls*, p. 83.

⁴⁸³ É nesse sentido que também Castanheira Neves percebe os problemas em questão: “O que não pode, no entanto, deixar de reconhecer-se é a índole afinal não procedimental, ou puramente procedimental, desta teoria da justiça, pois que há nela capitais pressuposições materiais, que são os seus verdadeiros fundamentos – posto que fundamentos por fundamentar ou sem uma expressa fundamentação, e enquanto consequência disso de uma intenção apenas procedimentalista –, como também não será estritamente construtivista, já que os princípios básicos e critérios determinantes não são simplesmente os construídos resultados de um autônomo processo racional (o processo da autonomia construtiva da razão prática), mas são intencionalmente postulados numa sua prévia subsistência e no seu sentido decisivo – pelo que estaremos mais perante uma “reconstrução”, prático-racional, do que perante um puro e autônomo construtivismo.” CASTANHEIRA NEVES, A. *A Crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia*. Op.Cit., p. 81. Conferir, também: RICOEUR, Paul. *A propósito de Uma teoria da justiça de John Rawls*, p. 85.

⁴⁸⁴ Nas palavras do próprio John Rawls: “No essencial, analisei em grande parte o conteúdo do princípio da liberdade igual e do significado da prioridade dos direitos que esse princípio define. Parece-me apropriado observar a esta altura que existe uma interpretação kantiana da concepção da justiça da qual esse princípio deriva. Essa interpretação se baseia na noção de autonomia de Kant.” RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*, p. 275.

afinal um “fim em si mesmo”, o seu próprio fim ⁴⁸⁵. Em verdade, esse mesmo fundamento transcendental também assenta uma complicada percepção da justiça e, por conseguinte, de sociabilidade: em última instância, tem-se aqui, com efeito, uma “doutrina moral da justiça” desenhada a partir de “imperativos categóricos” que parece um tanto inapta à realidade social a que nos temos de referir na atualidade (como o faz genialmente *Lyotard*), não dispondo ela de atenção suficiente ao chamado pluralismo cultural, linguístico, sistêmico e, pois, jurídico hoje indiscutível. Daí a sua “irrealidade e inconsistência”, isto é, o seu desacordo quase que absoluto com as necessidades (em suas facetas certamente que fugidias) que se impõem à prática cotidiana atualmente, mormente no campo das reflexões e decisões – na formação do *juízo judicativo* – do pensamento jurídico, embora sua relevância político-filosófica não possa ser contraditada.

É, entretanto, quando esse “problema universal” de *Uma teoria da justiça* se fecha historicamente e ganha corpo e objetividade institucional como específico “problema de uma política” – confirmando a tese de que o que se tem aí é antes uma exclusiva preocupação com a (com uma) política e não tanto com o dito “problema particular do direito”, de modo que pouco contribui a uma “filosofia do direito” – que fica clara a desatenção que se dispensa ao pensamento jurídico e suas problemáticas próprias. Passa-se assim de uma doutrina geral (e moral) da justiça para *uma* concepção estritamente política e institucional dessa mesma justiça: e, dessa forma, com esse passo ao específico “domínio da política”, muito específico percebe-se, é o problema do liberalismo político e de uma concepção de justiça adequada a um regime de democracia constitucional que então se torna tema central da ilação rawlsiana. Tenha-se presente que, em que se pese se imponha como pano de fundo, tudo o quanto se disse acerca daquela problemática universal e moral implicada no olhar rawlsiano também se mantém no que toca mais detidamente a política e sua respectiva institucionalização: agora como verdadeiro problema político, igualmente não se lhe deve inferir quaisquer pressupostos materiais ou de conteúdo, e tampouco alguma “verdade reflexiva” ou um “es-

⁴⁸⁵ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*, p. 195 e seguintes. No mesmo sentido, mas de forma crítica: “Néanmoins, si l’on regarde le résultat du choix des principes, le premier principe de justice correspond à l’impératif catégorique juridique de Kant. Nous en tirons un bilan intermédiaire ambigu. Certes la critique de l’utilitarisme manque de clarté dans sa logique de légitimation – qui en reste encore à une affirmation – mais pas dans le résultat de la légitimation: les principes de justice.” HÖFFE, Otfried. *Principes Du droit*, Op.Cit., p. 227.

tágio último de validade” normativa. Em suma, o que deve fazer claro é que nesse movimento que vai da moral à política, do universal ao particular não há absolutamente qualquer modificação na arquitetura até aqui referida, mantendo-se como que em contínuo as reflexões assertivas em torno dos princípios da justiça, ora aplicados num campo mais reduzido, embora não menos “universal”, qual seja especificamente as sociedades democráticas constitucionais e liberais ⁴⁸⁶.

Exclui-se do “âmbito da política” com isso aquilo que se tem apontado pela alcunha de “intencionalidade metafísica”, verdadeira marca das assim chamadas “doutrinas compreensivas” – e nisso, percebe-se, a proposta aqui referida se diferencia da visão kantiana ⁴⁸⁷ –, caracterizando-se assim uma justiça como razoabilidade (ou equidade) e uma política do razoável assente numa visão da razão prática referida à estrutura tão só política da sociedade: como logo veremos, é um “liberalismo político”, e não um “liberalismo filosófico”, que aí se está a desenhar ⁴⁸⁸. Uma visão da “política não metafísica” cuja finalidade primacial é conferir uma “solução equitativa” – eis a assunção de uma política como equidade – ao “pluralismo moderno”, bem como aos embates entre essas tais “doutrinas compreensivas”, destas se distinguindo como “doutrina autônoma”. Não se trata, dessa forma, de conceber teoricamente um liberalismo compreensivo, de cariz filosófico ou existencial (*metafísico*), mas sim um liberalismo estritamente prático-político ⁴⁸⁹. De outro lado, também não se está aí a referir qualquer

⁴⁸⁶ “Nesse sentido, a oposição entre justo e bom deixa de ser homogênea e torna-se dissimétrica; o bem é a insígnia de doutrinas abrangentes por indivíduos ou comunidades específicas; o justo é o princípio diretor das sociedades constitucionais ou liberais.” RICOEUR, Paul. *Depois de Uma teoria da Justiça de John Rawls*. Op.Cit., pp. 102/103.

⁴⁸⁷ “A primeira diferença é que a doutrina de Kant é uma visão moral abrangente em que o ideal de autonomia tem um papel regulador para tudo na vida. isso a torna incompatível com o liberalismo político da justiça como equidade.” RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Op.Cit., p. 144 e seguintes.

⁴⁸⁸ “À mon sens, le libéralisme politique est une théorie qui entre dans la catégorie du politique. Il opère entièrement dans le cadre de ce domaine et ne dépend de rien d’autre. Une conception plus habituelle de la philosophie politique consiste à présenter ses concepts, ses principes et ses idéaux, ainsi que d’autres éléments constitutifs, comme les conséquences de doctrines compréhensives à caractère religieux, métaphysique ou moral. Au contraire, la philosophie politique telle qu’elle est conçue dans le libéralisme politique se compose largement de différentes conceptions politiques du juste (*right*) et de la justice conçus comme indépendants (*freestanding*).” RAWLS, John. *Réponse à Habermas*. In. *Débat sur la justice politique*. Org. Jürgen Habermas. Paris: CERF, 1997, pp. 51/52.

⁴⁸⁹ “Uma doutrina será compreensiva (plenamente compreensiva) quando defina uma integrante concepção dos valores da vida humana, tanto pessoal como social, enquanto os ideais que deverão informar a nossa conduta em geral, e no limite a nossa vida como um todo, pelo que a “justiça como equidade” não intencionaria um “liberalismo compreensivo” – um liberalismo que tivesse na base uma doutrina compreensiva, como ainda seria o liberalismo Kant e J. S. Mill –, mas tão só um “liberalismo político”, ou seja, um liberalismo indeterminado (com a indeterminação implicada decerto no jogo de iguais liberdades) e com a mesma abertura ao razoável construtivismo da razão prática, que igualmente se pos-

pluralismo (o pluralismo *como tal*, digamos), mas especificamente o “pluralismo de doutrinas razoáveis”, afeitas a uma reflexão razoável e ponderada da realidade política hodierna, em contraposição às assim chamadas doutrinas abrangentes⁴⁹⁰. Não podemos deixar de fazer referência aos três elementos capitais dessa justiça política, voltada à solução equitativa de uma sociedade bem ordenada: a) uma concepção estritamente política da pessoa, como cidadão livre e igual membro cooperante da vida social, na esteira das tradições democráticas; b) um construtivismo político; c) o assim chamado “consenso sobreposto” (*overlapping consensus*). É, de certa forma, do encontro e da autorreferência desses três elementos ou momentos teóricos que então se cunha a visão de política ora foco, no que vai implícito porém a exclusão como que categórica de uma miríade de possíveis enfoques da política.

Trata-se de um construtivismo político que não se confunde com quaisquer outros construtivismos de cunho *moral*, antes os exclui teórica e praticamente: e aqui o caso exemplar do conceito de autonomia kantiana ganha novamente vez, bastando-nos todavia lembrar que referido conceito desemboca ou tem como referência basilar uma “moral compreensiva” em que o idealismo transcendental faria colidir a “autonomia” (como regulativa da vida) com a pretendida “equidade política”. O que de fato se faz necessário analisar, sobretudo no que toca o olhar que esse enfoque de *Uma teoria da justiça política* lança sobre os fenômenos jurídico e político, diz com a noção aí central de consenso sobreposto. Porque tal reflexão se aloca num contexto social concebido de forma plural, quer dizer, uma sociedade de pessoas (numa acepção política) em que se faz inevitável certo *pluralismo compreensivo*, ainda que aquele muito específico e concebido razoavelmente, isto é, um *pluralismo razoável*, a busca de um enquadramento mais denso e normativo dessa mesma realidade se coloca forçosa: não obstante as pessoas-cidadãos se disporem a partir de instâncias compreensivas variadas, elas poderiam como que convergir num consenso acerca de questões políticas básicas, e com isso se teria garantido, afinal, aquele respaldo institucional razoável e equitativo para a solução de eventuais conflitos. Note-se que essas concepções compreensivas não estari-

talava na “justiça política.” CASTANHEIRA NEVES, A. *A Crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia*. Op.Cit., p. 84.

⁴⁹⁰ Sobre essa temática, conferir: RENAUT, Alain. *Libéralisme politique et pluralisme culturel*. Éditions Plein Feux, 1999. Especialmente esclarecedor é o livro citado na nota de número 114, logo acima, sobretudo porque traz a termo a discussão teórica, com os seus encontros e desencontros, entre Habermas e Rawls.

am assim a deixar de lado suas diferentes disposições (compreensivo-normativas) ante o convívio social, não estariam como que se anulando frente às demais perspectivas, todavia o que estaria aí a ocorrer remete à ideia estrutural de uma efetiva *sobreposição* ou uma espécie de encontro (como pano de fundo generalizável) entre essas visões plúrimas. O *forum* de emergência desse consenso seria a “razão pública” – razoável e prática – a se individualizar como campo autônomo perante o *modus vivendi* do embaite não reflexivo, baseado meramente em forças e poderes. Daí não se tratar de algum “compromisso precário”, sujeito ao sabor da correlação de poderes, o que verdadeiramente está em foco, restando isso claro quando se tenha em mente aquela referência, como que teórica, aos princípios da justiça.

No que toca a construção desse consenso, se ele se expressaria em variados estágios ou diferentes capítulos dessa sociabilidade, central é aquele que se assume como uma sua “mediação fundamental”, qual seja o *consenso constitucional*: tida como etapa hoje necessária – e, portanto, não só inevitável, mas obrigatória ao pensamento político e jurídico contemporâneo –, a pressuposição da *Constituição* aparece-nos aqui, com efeito, como passo fulcral para uma justiça política. Ela como que expressaria por si só um importante consenso político – e não esqueçamos que se trata especificamente das ditas constituições democráticas – como declaração de um “ideal político” compartilhado por pessoas que intentam se governar a si mesmas e a partir de uma fórmula peculiar e como que à base de um “*higher law*”. Com isso, contudo, não se estaria assentando o último degrau da normatividade social ou o capítulo final desse *overlapping consensus*, uma vez que a constituição é assumida também aí como instância por assim dizer insuficiente ou projeto inacabado, haja vista a sua abertura histórico-estrutural e consequente indeterminação normativa: com efeito, parece evidente que é a própria instauração ou determinação normativa do direito positivo sob o espectro de uma tal *norma escrita*, embora por certo o conceito de constituição não se restrinja numa escrituração normativa, no contexto de estruturação social democrática, que abre vazão – por meio dos próprios direitos fundamentais, se assim quisermos – a uma sua superação ou como que ultrapassagem, senão, para lançarmos mão mais uma vez da categoria que aqui referenciamos, como contínua *convalescença*⁴⁹¹. A necessi-

⁴⁹¹ É nesse sentido, ademais, que segue, como também já o dissemos, o dito movimento do *trans-constitucionalismo*, salientando a necessidade não mais de uma “densificação” do constitucionalismo, mas uma sua abertura, a afim de operar aquilo que se tem chamado de “conversação teórica” entre as di-

dade de firmar a legitimidade das decisões políticas e jurídicas não permite, porquanto do contrário seria de todo ausente de legitimidade, aderir e densificar sem mais uma opção normativa datada, fazendo-se forçosa a contínua adequação reflexiva ente o devir da *societas*. Poder-se-ia inferir que não se deve confundir a “força normativa” da constituição com mero texto historicamente instalado: nesse caso, todavia, já não estaríamos a falar também de uma justiça como política, mas uma justiça filosófica, que demanda uma hermenêutica voltada a conferir sentido a um conceito abstrato de constituição; seria o caso de assumirmos a constituição como prática comunitária que não tem fim, mas então teríamos rompido os esteios da razoabilidade que se exige para essa uma “justiça política”; estaríamos afinal no âmbito das “justiças compreensivas” – e essa, como já sabemos, não é a opção de *John Rawls*.

Unicamente um consenso por sobreposição que se desenhasse efetivamente como que “por sobre” (cobrindo os seus vazios) essa peculiar indeterminação e seus correlatos limites normativos teria, pois, o condão de abarcar, de maneira definitiva e acabada, aquilo que se tem como “estrutura básica da sociedade”. É aí, portanto, que se encontraria a “solução última”, a fronteira derradeira das questões políticas fundamentais de uma sociedade democrática, garantindo-se com isso a sobrevivência da constituição como instância ficcionalmente última dessas mesmas sociedades por meio da assunção de uma “justiça básica”: não é à toa, como já disse, que os estudos sobre as teorias da justiça na atualidade tenham se concentrado sobretudo no âmbito da teoria constitucionalista; ao que parece, esses estudos intentam, quando refletidas nessa dimensão política e democrática, restaurar problemas que o constitucionalismo, mas também o *neoconstitucionalismo*, não resolvem. Ocorre que a referência à justiça é, desde sempre, mormente quando se permite apreender o fenômeno jurídico em sua ocorrência prática, uma inevitabilidade jurídica. O tornar densa uma dessas teorias em específico não fará o que deve ser feito, a saber o referir o justo de maneira coetânea e normativa a essa mesma ocorrência: em suma, um consenso sobreposto (que ademais apreze incorrer em contradição interna no que toca a pretensão de não fazer filosofia) não garantiria a estabilidade social, no todo fugidia, bem como não levaria a termo aquela indeterminação normativa, e isso nomeadamente porque o pluralismo que aí se

ferentes tribunais constitucionais. Trata-se de perceber que não é a aposta numa normatividade datada que nos dará as melhores respostas, mas a adequação contínua dessa normatividade às contingências históricas da decisão. Vale lembrar que esse tema é encabeçado na literatura jurídica brasileira por *Marcelo Neves*.

considera relevante (aquele meramente “razoável”) não se confunde com o pluralismo – que hoje se instala em abrupto como *diferendo* – que de fato nos ocorre de maneira implacável na atualidade.

A realização do direito, sua ocorrência como formação continuada do juízo judicativo, demanda, com efeito, uma reflexão metodológica sobre a validade da *práxis humana no mundo prático*, frente ao irascível da política e o utilitarismo da economia: lembremos, todavia, que a razão pública que está acima referida – essa que se presume no patamar democrático da *polis* – é tal que não admite uma relação de justaposição, tampouco teórica, de quaisquer sentidos de validade normativa ou critério crítico ante a autonomia política. Não há lugar para tais inferências *sobre* (que verticalize) a política e o agir político, sendo antes aquele inapreensível *overlapping consensus* o verdadeiro garante último dessa realidade como algo razoável. Ainda que não se esgote (não é esse o limite da teoria) num nível estritamente hermenêutico, como que a demandar uma compreensão dos termos, alcances e intencionalidades passíveis de se agregar a esse *overlapping* normativo, tratando-se antes de verdadeira tomada de *decisão* (ademais característica da paisagem política), podemos perceber aqui um problema capital para o pensamento jurídico: em última análise, a ausência de um tal pensar. E isso porque referida decisão – a decisão por essa *uma justiça* – deixa às claras a escolha não pela juridicidade, num sentido autônomo de direito, mas pela política, e então pela perspectiva de uma sua instrumentalização: “uma justiça” que, indiferente às questões que tocam o pensamento jurídico em sua autonomia reflexiva (e judicativa), subsume afinal “um direito”. O que temos aqui, em última análise, não parece ir além da tentativa de firmar uma justiça, uma específica e muito particular visão de justiça, que sobrepuje um pensamento autônomo acerca do *justo*: como já vimos, porém, é nesse ponto que parece ganhar relevância a emergência da juridicidade e sua pulsão para o justo.

À parte ser essa uma “teoria hipotética” (de uma justiça hipotética) que se furta aos enfrentamentos filosóficos como mote de acesso ao mundo, ela assume como objetivo evidenciar que os seus “princípios de justiça” aludem uma “realidade política exequível”, verdadeiramente prática e palpável portanto, daí a necessidade de uma noção razoabilidade. Há uma institucionalidade evidenciada no plano dessa teoria, supondo-se uma realidade política historicamente alocada, bem como sociedades libe-

rais e democráticas como condições de possibilidade (hipotético-condicional). O modelo de sociedade aí implícito impede que a teoria vá a um nível mais amplo de reflexão, qualquer pretensão de universalidade que conduzissem afinal o pensamento político a um campo de incondicionalidades. Não se transcende, dessa forma, os limites do estritamente empírico em termos político-institucionais, de modo que não se encaminha a um *inédito viável*, e tampouco se atinge o nível filosófico. Ocorre que se a tarefa da filosofia é compreender o que é (“*das was ist zu begreifen*”), por certo que não por meio de mera descrição cognitivista (embora não abandone um olhar descritivo da realidade), antes na intenção de uma “inteligibilidade fundamental”, como que a buscar suas inevitabilidades e obrigatoriedades reflexivas, não parece que devamos abandonar esse intento. O olhar filosófico e o resgate ou já a reescrita da filosofia como modo de *acesso ao mundo*, não como instância apenas normativa que indica ao mundo um “dever-ser”, embora dele lance mão, mas como empenho que cumpre a tarefa de atingir o mundo “como ele é”, permite trabalhemos a noção de *tempo* como que assimilado no pensamento ⁴⁹². Esse caminho demanda, porém, que se vá um tanto para lá do estritamente político, ou do estritamente institucional (da política institucionalizada), no que não deve ir implícito o entendimento de que se ignora a condição política da sociabilidade ⁴⁹³. Mas na medida em que o direito se nos surge como pulsão de justiça ante a problemática da não sociabilidade, como problema concreto, portanto, restringir-se às opções egoísticas que caracterizam a política seria abrir mão, afinal, do próprio justo e, por conseguinte, da própria pulsão que desenrola a juridicidade.

De outro lado, ainda, a concepção política que vemos aí se expressar não se oferece como uma política sem mais, isto é, espécie de “norma” orientada a resolver

⁴⁹² É de um olhar como esse que se demanda no plano da “filosofia do direito”, um olhar que perceba o campo específico da reflexão teórica do direito. “(...) e nesse mesmo sentido se há-de entender quando igualmente considera que à filosofia cumpre atingir o mundo como ele é, e não como ele deve ser (até porque para tanto a filosofia viria sempre “tarde demais”), que ela é o seu tempo assimilado no pensamento – pois que assumindo-se deste modo a inteligível necessidade do mundo e do seu tempo, o pensamento que o pensa não é um pensamento condicionado, do mesmo modo que para o mundo pensado, nessa sua racionalidade, “não há qualquer alternativa” (ROELLECKE).” CASTANHEIRA NEVES, A. *A Crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia*. Op.Cit., p. 89.

⁴⁹³ “O pensamento de Rawls, o seu pensamento globalmente referido, acaba efectivamente por não ser mais do que uma construção racional-reflexivamente justificativa, ou segundo um modelo racionalmente reconstrutivo – não de uma reconstrução de racional universalidade, como aquela que critica a Habermas (será que a reconstrução de Habermas não se mantém também ela ao nível da racionalização hipotética, ponto a que se não deixará de aludir?) – das sociedades políticas democrático-constitucionais com dimensão social. E então o que começou por entender-se como uma renovação da filosofia prática vem afinal a revelar-se como um contributo para o “fim da filosofia”, no modo de superação da filosofia prática.” *Ibidem, Idem*.

alguns contingentes problemas sociais ou econômicos, ou mesmo meramente políticos e governamentais, porque se apresenta, em verdade, como “solução global” para a sociabilidade em todos os seus processos e suas dimensões. E nesse sentido ela não deixa de aniquilar com o *pluralismo qua tale*, posto ignorar a inviabilidade de uma aposta na justiça como “solução global”. De tal modo que tudo se coloca como que “em função da política”: esta subsume em sua “compreensão político-existencial” (como modo específico de acesso ao mundo) toda a processualidade e as dimensões culturais da convivência social, não se restringindo a inferir quanto às formas e modos de governo, nem tampouco à economia e políticas sociais, mas também, é o que nos interessa mais diretamente, sobre o que é direito e o pensamento jurídico. Também o “campo jurídico” não escapa à arquitetônica da decisão política, quando se pensa a sociabilidade egoisticamente ⁴⁹⁴: nessa toada, no todo tomado pelo diferendo, o direito se torna verdadeiro apêndice da política, espécie de corolário funcional de suas decisões gerais. Desbordando das esferas das liberdades e dos direitos (e deveres) postulados por essa concepção, todas as demais regras e legislações específicas se teriam de guiar, em última instância, tendo como mote normativo aquelas decisões primeiras e fundadoras: em suma, todo exercício do “poder estatal”, mas também social e comunitário, se faria como que à orientação dessa uma justiça.

Embora a apreensão dos limites da juridicidade não se encontre aí alimentada, há também a pressuposição de um campo jurídico, articulando-se, também aí, o que é o direito. Ainda que essencialmente configurado na “dinâmica legiferante” do Estado, isto é, como regras jurídicas e leis estatais, não se lhe admite qualquer sentido específico por meio do que pudesse ele ser salvo das amarras do político. A única diferenciação então concedida ao direito seria tal qual uma “diferenciação geográfica”, como que a garantir-lhe uma “autonomia funcional” no plano de sua alocação institucional, como também os enfoques tidos como positivistas fizeram, mas não de sentido ou validade, tampouco reflexiva ou normativa: a cortar tudo está, como uma instância última, o

⁴⁹⁴ “Não estamos apenas divididos uns contra os outros em nossa apreciação das grandes questões, tais como os princípios da Via Justa e os da melhor organização social, nem ao menos estamos de acordo, especialmente em nossas sociedades democráticas, quanto aos padrões corretos do comportamento e conduta humanos. Um conjunto de influências está preparando a nova geração para praticar e defender seu interesse próprio racional em um mundo competitivo, enquanto outro ressalta o altruísmo, o serviço social e a subordinação aos fins comuns. Um conjunto de influências sociais é orientado pelo ideal do ascetismo e da repressão, ao passo que outro o é pelo desejo de encorajar a expressão do indivíduo.” MANNHEIM, Karl. *Diagnóstico de nosso tempo*. Op.Cit., p. 15.

continuum da política. De sorte a não podermos concluir de outra forma senão com a identificação de uma similaridade entre essa proposta – que de início pareceu salvar a filosofia prática, todavia a essa altura se mostra como um seu último algoz – e o olhar no todo tradicional das teorias jurídicas que confundem Direito e Estado ⁴⁹⁵. Na medida em que se apresenta como um modelo político-jurídico constitucionalista, com uma “reapropriação reconstrutiva” das sociedades liberais, de fato não se distancia dos assim chamados positivismos jurídicos em que prevalece a legalidade constitucional. Com o que não se pode deixar de mencionar que, dessa forma, como que se estaria a permitir (numa sua prévia aceitação) a ingerência da própria injustiça no espaço da política: os “princípios da justiça” a incorrer no plano da legislação não excluiriam daí um possível *resultado injusto*, em suma, não se elimina a existência das “leis injustas”, como bem notou *Castanheira Neves*. Porquanto se trate de uma teoria puramente procedimental – embora já tenhamos visto que essa intenção falha na origem –, os “princípios da justiça” assentes na posição original não seriam certamente suficientes – haja vista a regra da maioria democrática – para afastar essas eventuais injustiças: o resultado de algum processo decisório poderia, como não raro ocorre na atual inflação legislativa que nos acorre, afinal se fazer injusto. E diante disso não se exclui, portanto, a problemática (também teórica) em torno do cumprimento ou não das ditas “leis injustas”, tampouco a possibilidade, nessa toada, da “desobediência civil” ou da “objeção de consciência” com base, em última análise, nos próprios “princípios da justiça”.

Tudo afinal, e para frisar, a ser concebido tal qual um “problema político”, e jamais um problema cujo enfrentamento reflexivo poderia receber um *tratamento jurídico* a ser vislumbrado, por conseguinte, como problema do direito, uma vez que as leis, bem como o próprio direito *em-si* não perderiam sua validade tão só em razão de um conteúdo supostamente injusto, de sorte que ela – essa eventual injustiça – tem o condão de legitimar apenas os comportamentos dos “cidadãos livres”, no plano de uma atuação política portanto, como que no sentido das desobediências referidas. Não se tem aí uma questão (uma problemática) do pensamento jurídico, devendo-se, em última instância, seguir-se no âmbito jurisdicional de realização jurídica a legislação vi-

⁴⁹⁵ Ademais, e mais uma vez com *Mannheim*: “Portanto, nada existe em nossa vida, nem mesmo no nível de hábitos básicos como alimentação, boas maneiras e comportamento, sobre que nossos modos de ver não divirjam. Nem sequer chegamos a um ajuste para saber se esta grande variedade de opiniões é boa ou má, se é a maior conformidade ao passado ou a ênfase moderna dada à livre escolha que deve ser preferida.” MANNHEIM, Karl. *Diagnóstico de nosso tempo*. Op.Cit., p. 17.

gente, tendo como escopo levar a cabo a consecução daquela arquitetônica. Dizer que essas asserções não se diferenciam em nada, ou quase nada, do que tradicionalmente se ouviu (*ad nauseam*) no território das teorias jurídicas estritamente normativistas seria por certo um truísmo. Não é à toa, destarte, que não são poucas as críticas que essa específica concepção política da justiça, desenvolvida num rigoroso liberalismo, tem angariado, críticas essas, ademais, que se direcionam não apenas àquilo que se toma como os “momentos mais significativos” de tal teoria, mas também e principalmente críticas no seu sentido geral de justiça e de política. A nós não nos interessa aqui articular uma tal quantidade de análises fragmentárias, cada qual a apontar um dado ponto problemático e como que a tocar *Uma teoria da justiça* com certo intento de adequação teórica interna. Antes nos soa mais relevante – senão mesmo forçoso – passar os olhos pelas teorias que lhe dirigem essa assim chamada crítica geral e ensaiam com isso a proposição de novos olhares sobre a justiça (ensaiam, portanto, *novas justiças*) – o que se pretende fazer, todavia, mas não para que ao final possamos nos tranquilizar com uma justiça e aderir a esses “outros olhares”, todavia para confirmar e assim assentar algo que já dissemos acerca da linha reflexiva (a *filosofia política*) em que se inserem tais teorias, qual seja a de uma *análise global* elaborada a partir de concepções de justiça egoísticas e modelos de sociedade que certamente não atentam à problematidade da juridicidade, mas tampouco ao diferendo que hoje lhe ocorre apreender.

b) Alternativas no âmbito do “pensamento político” e sua insuficiência no que toca a prática jurídica. A necessidade de uma reflexão em torno do “justo jurídico”.

As críticas mais radicais que se dirigem como propostas alternativas à empreitada rawlsiana cumprem afinal o papel de trazer às claras tantas outras possíveis concepções da justiça (enfatizando com isso *o Justo*), bem como tantos outros modelos de sociedade para a atualidade, não obstante não fujam muito de um centro argumentativo específico: seguem todas naquela toada que é hoje a prevalente na linha do *pensamento prático*: intenta-se elaborar, em última instância, espécie de “solução global” aos problemas da sociabilidade, o que é levado a cabo sob um espectro especificamente *ético-político* (ou moral-institucional) da *práxis* social. A nenhuma delas ocorre o intento de compreensão do “problema do direito”: em nenhuma delas tal problema é autonomizado em seu sentido próprio e em sua problemática (metodológica) específica. É

como que numa *holística* teoria política da justiça que, em verdade, elas se fundam, de sorte a não se diferenciarem tanto da teoria a que dirigem suas críticas, ao menos não no que toca a apreensão do fenômeno jurídico, o qual é de fato abandonado à prática corriqueira e funcionalizada da política global. Nisso não se distinguem, fique claro, de *Uma teoria da justiça*, sendo-lhe antes análoga, naquilo que aqui nos toca, firmando-se cada qual como *mais uma* teoria da justiça possível.

É assim que, não obstante o direito seja prática efetiva e culturalmente referenciada, cujo desenrolar normativo (como *valor*) como que se percebe demarcado pelos olhares de uma certa *comunidade crítica*, a juridicidade não vai plenamente compreendida nos esteios das reflexões políticas dos assim chamados *comunitaristas*. E com isso certamente que não se está aqui a advogar por um olhar meramente liberal da política, que, como percebemos, também não atenta às especificidades reflexivas que nos interessam. É assim que o justo no direito, ao concorrer com a práxis histórica dos juristas, e cada qual a agenciar de forma diferente (como conseguem) as teorias (e assim também as teorias da justiça) que lhe chegam, afirma sua validade na correlação a determinada comunidade, não se confunde com qualquer “relação de intersubjetividade”. É esse, ademais, um dos pontos fundamentais da construção e da perspectiva comunitarista da política: sublinha-se a restauração de um modelo de práxis social que intenta ser aristotélico, mas também hegeliano, uma vez que centra suas atenções nas relações sociais que em sua prática produzem percepções críticas da realidade institucional. Nesse sentido, é sumamente não kantiana, dando-se à noção de subjetividade uma construção diferenciada e bastante distante de uma crítica individual que se alude como instituidor universal da realidade política. Daí falar-se termos aí uma forte “oposição à razão moderna” e seu senso crítico de universalidade ahistórica: a racionalidade que se pretende perpetuar nesse contexto é antes fundada no plano concreto do que no abstrato, espécie de razão histórico-culturalmente formada e diferenciada. E se assim é a práxis e assim é a racionalidade comunitária, também a concepção de pessoa que aqui encontramos difere bastante do discurso teórico com o qual se está mais acostumado: recusa-se uma concepção abstrata e ideal da pessoal (que está na base do contratualismo), como se fosse possível concebê-la fora da cultura e da história; *pessoa* é então espécie de identidade cultural para cuja constituição concorrem os mais variados valo-

res da comunidade histórica em que se vive e na qual se toma parte (e qual se constitui) com o próprio desenrolar cotidiano e relacional.

Em absoluta contraposição à *Uma teoria da justiça*, mas também frente a quaisquer outras teorias que intentem fundar a ação política (e a *práxis* social como um todo) no plano de uma abstração categorial (com referencial meramente teórico), o “bem” ganha aqui grande vulto e é posicionado de modo primordial no que toca a definição da justiça: o “justo” perde, portanto, sua centralidade. É o “bem comunitário”, agora funcionalizado teleologicamente, que acaba dando vazão às definições e impressões de justiça que cada comunidade (ou sociedade) encampará como sua. Com isso, também a concepção de *liberdade*, central para qualquer referencia à justiça, se modifica: ela já não mais vista de forma amplamente ou tão só negativa (a “liberdade negativa” como ausência completa de intervenções normativas senão a própria liberdade), e passa a ser referenciada em correlata comunicação com a noção de *responsabilidade*: fala-se então numa “liberdade positiva” que subsume na participação comunitária, como eticamente imprescindível, as ações tidas como livres. Em verdade, a noção de responsabilidade vai como que subsumida, ou antecédida (como se este lhe fosse um conceito mais amplo) pelos arrimos da responsabilidade ética perante a comunidade. Trata-se de orientações que obviamente vão de encontro, de modo a colidir frontalmente (nos termos dos próprios princípios orientadores) com as perspectivas *individualistas* e *liberalistas* – e não apenas com os *liberais igualitaristas*, tal é o caso de *John Rawls* –, na linha de *Robert Nozick*. Este último, diferentemente do que se falou até aqui, vislumbra mesmo o justo no âmbito de um modelo radical de liberalismo, à base da conhecida noção de “Estado mínimo”: na esteira de Locke, pretende-se ver aí instância reduzida à proteção tão só dos direitos individuais naturais, abstraindo-se de quaisquer outras possíveis funções estatais que lhe fizessem incorrer em alguma espécie de “justiça distributiva”.

Também contrária às teses de *Uma teoria da justiça*, deve ser citada a referência teórica que aposta, essa sim, na assunção de um verdadeiro *pluralismo social*: a envolver não apenas a noção de movimentos sociais, mas também e sobretudo “bens” e “grupos sociais”, de sorte a se falar aí em pluralismo de bens e de grupos sociais. A ter-se, assim, ao final uma concepção da sociedade como “comunidade distributiva” que garanta tantos bens quantos necessários, com o que vai implícito o entendimento

de que não há apenas um “bem”, e portanto *uma* justiça – aquela puramente procedimental –, mas uma sua miríade, constelações infindáveis de possíveis justiças, cada qual afeita à historicidade que lhe ocorre. Uma sociedade que se baseie na noção de distribuição carrega em seu bojo uma concepção de justiça como *igualdade*, assumida tal qual a “soberana virtude” da vida social (da sociabilidade), como condição de possibilidade cuja finalidade se aloca também no conceito de liberdade. Não se trata, porém, de uma qualquer liberdade, não se confundindo com as diversas matizes das visões liberais, senão daquela que se assenta na igualdade material daqueles partícipes que dela intentam lançar mão. É também outra a concepção e o sentido de Estado ao qual se tenciona, já não calcado no exacerbado individualismo, que em verdade é indiferente à institucionalização ativa da estatalidade, mas propriamente providencial, a pressionar e enquadrar a realidade social nos limites normativos dos marcos igualitários referidos. De qualquer maneira, deve ter restado evidenciado o que de início dissemos quanto a ausência de uma reflexão mais acentuada sobre o campo jurídico, e isso não obstante fale-se muito nesse seara (das teorias da justiça) de direitos básicos e fundamentais. É a isso afinal que se destinam tais teorias, como que a ocupar o pensamento político com questões referentes à vida justa em sociedade, ou, ainda, à vida numa sociedade justa – e para tanto “os direitos” aparecem sempre referenciados.

Embora diferentes entre si, de modo que ora ressaltando alguma dimensão mais universal de uma visão global, ora acentuando a prevalência de valores fundamentais do cotidiano comunitário, são todas essas “teorias da justiça” espécies de teorias constituídas sob o *aspecto político*, isto é, são teorias políticas, mas não propriamente jurídicas. Se, com efeito, o seu vocabulário leva sempre explícito o trato com o *Estado*, os valores centrais de liberdade e de igualdade, entre outros “lugares-comuns” dos estudos jurídicos hodiernos, fato é que pouco contribuem ao intento de uma *reescrita* da “teoria” do direito. Todas elas convocam em alguma medida o direito, mas se referem aos *direitos*: fazem menção à *legislação*, a algum sistema de leis sociais, sem que se ignore para tanto algum procedimento constitucionalmente instituído (*filosofia constitucional*), suas prescrições fundantes, etc.; por vezes pondera-se inclusive acerca da *função judicial* no sistema global da justiça social, de modo a salientar-se a necessidade (ante a inevitabilidade da decisão judicial) de nos atermos atentos à “aplicação da lei” ao caso concreto, ao procedimento democrático da abertura do contraditório soci-

al, à divisão (senão, atualmente, *luta*) dos poderes, etc.. Ocorre que, como sói admitir-se, não ultrapassam isso que são verdadeiros “lugares-comuns” já da teoria mais tradicional do direito: constróem toda a sua argumentação política e societal com base em elementos de um “senso-comum quase não-teórico”, para parafrasear o portentoso crítico do direito *Luis Alberto Warat*, de tão batidos são eles (esses lugares-comuns).

Dessarte, o direito não vai verdadeiramente pensado. Todos esses elementos – elencados acima sem referência a qualquer *valor* específico – são como que subsumidos em estandartes reflexivos que fecham normativamente alguns elementos e entendimentos tidos como infungíveis à política *para* a atualidade. São assumidos como referências necessárias, ou meros “meios” (dentre eles, *os direitos*, a legislação, o poder judicial, etc.) à realização de alguma política mais ampla (de um projeto político), ora a pender a uma orientação mais geral, ora mais local, mas sempre à base de “uma visão de mundo” que dita *a justiça* a partir de um olhar específico. Todo o arsenal referido não é senão o meio ou o instrumental necessário para a realização da justiça política ou de algum modelo societal previamente postulados como verdadeiros *a priori* para a própria tradução e utilização daqueles elementos (dentre eles, *os direitos*), cuja alusão se faz de forma apenas funcional, adaptável e dependente da intencionalidade política (acerca da sociedade) que se lhes projete. De outro lado, a intencionalidade específica e característica da juridicidade como labor prática do jurista, em sua autonomia reflexiva, sequer mencionada é. Acontece que, se o direito e assim o pensamento jurídico não são tudo na *vida*, também a política, mormente dessa forma reduzida à “ilusão necessária” de um acordo ou compartilhamento ético intersubjetivo, não o é. Com isso certamente que não se está a negar a centralidade da filosofia política na atualidade, sobretudo como campo de reflexão que intenta levar a sério a realidade social que hoje nos interpela pedindo um tratamento ético, no entanto, e é a isso que estamos a chamar as atenções, esse não é o papel do pensamento jurídico, que por certo carrega tais reflexões em juízos e escolhas históricas, mas não os dirime por si só, como se ao direito acoresse salvar a humanidade: a isso ele concorre, não se o nega, e o faz sobretudo se bem percebido em seus limites e pulsões normativas próprios, como particular *dimensão constitutiva* da práxis social e da existência humana.

Perceba-se que, sob os influxos (crescentes) dessas variadas teorias da justiça, não se está tão só perante uma postura ética que reconhece a primazia problemáti-

ca (e também normativa) da política como dimensão (e, assim como o direito, também constitutiva) da realidade prática que envolve o mundo social. Assim seria se, nessa as-
sunção, intencionasse-se em direção às outras dimensões constitutivas da realidade,
como que a intentar algum diálogo mais profícuo e honesto, ao invés de simplesmente
subsumir todo esse real à *decisão política*. Com efeito, parece-nos que disso não se tra-
ta. Cuida-se, antes, de uma espécie de *holismo compreensivo* que se volta à realidade
social e às práticas que aí se entrelaçam sob um específico *olhar político* – como aque-
le “caçador de ventos” que lança sua rede ao vento no intento de abarcá-lo e compre-
endê-lo mais de perto e a trazer de volta, porém, tão só a rede que há pouco lançara.
Não é outra coisa senão essa “holística intencionalidade política” que encontramos a-
qui, como que a ver em tudo os seus próprios olhos, determinando a ocorrência de
quaisquer diferenciações que se interponham, tanto ética quanto propriamente política,
mas também jurídica – e tudo isso como que a modificar, ademais, a própria acepção
de o que seja *o justo*, ou, em última instância, o “onde” se aloca sua intencionalidade
496

Diante disso não se deve incorrer na espécie de “contradição argumentativa”
que permitiria inferir que não se tem aí um olhar definitivo, isto é, um entendimento
necessário das coisas, de modo que nada invalidaria aquela compreensão holística de
também asserir à juridicidade o seu lugar. Não é correto sugerir que o modelo estraté-
gico de sociedade, bem como de justiça, coordenado que é a partir de uma política
global, lança suas atenções unicamente ao problema político em sua intencionalidade
específica porque isso permitira por si só desenrolar a compreensão, ainda que deslo-
cada do primeiro plano, do problema jurídico. Seja assumindo como mote normativo
da estruturação social a prioridade da liberdade, seja a noção de igualmente, mas sem
que se exclua a possibilidade de uma sua correlação funcional, referido enfoque, ao
voltar-se à problemática específica (e global) de uma justiça política, perceberia tam-
bém as nuances da juridicidade – é nisso que se crê. Quer dizer, o argumento que in-

⁴⁹⁶ “E se é isto verdade, temos de perguntar pelo sentido último afinal desta mutação – já que e-
xatamente de mutação se trata –: porquê esta conversão do significado axiológico-normativo da justiça,
assumido na problemática específico do direito, a uma justiça-projecto político, a um “modelo” da soci-
iedade orientado já por uma compreensão ético-política da mesma sociedade – nesse caso antes “comu-
nidade” – já sobretudo por uma estratégia teleologicamente proposta, mas sempre projecto-modelo glo-
bal da sociedade em que o jurídico, quando é expressamente atendido – e por vezes nem o chega a ser,
como se verá já a seguir –, não é intencionado para além dum seu relevo funcional e directamente de-
pendente dessa estratégia.” CASTANHEIRA NEVES. A. *A Crise actual da filosofia do direito no con-
texto da crise global da filosofia*. Op.Cit., p. 97.

tente sustentar que com aquele holismo e sua respectiva *narrativa* não se está a ignorar também as nuances e especificidade (sua *micro-narrativa*) da ocorrência jurídica não parece poder ser levado a sério: com efeito, trata-se antes de uma escolha (uma decisão política e teórica) por não se pensar o direito propriamente dito, em decorrência da valorização de outros discursos também normativos, especificamente a própria política. O que se crê é que, embora o direito e a política sejam (e tenham) problemas diferentes, a solução geral da última como que nos daria *uno actu* as respostas exigidas pelos problemas daquele: as coisas, porém, não ocorrem dessa forma, de sorte que as respostas não podem se encaminhar unívocas, não obstante sua diferença posas encontrar um contato crítico ⁴⁹⁷.

Dessarte, no que toca especialmente as *concepções individualistas* – no âmbito das teorias da justiça liberal e democrático-constitucional –, tem-se a retomada do modelo social que caracterizou o projeto moderno-iluminista que subordina e funcionaliza o campo jurídico sob as vestes do político-institucional. É interessante percebermos que essas pretensões globais de desenhar grandes modelos sociais – de justiça – não diferem muito desse formato moderno-iluminista de representar a sociabilidade. Todavia, agora, com uma específica inversão de prioridade: se o projeto moderno-individualista do contratualismo assumira como plano normativo a construção de uma *solução jurídica* a um *problema político*, as teorias da justiça mais coevas, essas que atualmente pululam e sobretudo aquela a que aqui fizemos questão de colocar no centro da discussão (a *Uma teoria da justiça*), arranjam institucionalmente uma real *solução política* a um também e efetivo *problema político*. Apenas aparentemente ter-se-ia aí uma solução jurídica – tal qual ocorrera no modelo clássico –, aparência essa que se vê reforçada pela constante menção às categorias de “direitos”, “legislação”, “aplicação da lei pelo poder judicial e seus juízes”, tratando-se mesmo de uma verdadeira res-

⁴⁹⁷ “E é todavia isto o que efectivamente se verifica, ou tenta, no comum das teorias políticas da justiça, nos termos que vimos: nelas o problema do direito ou fica considerado, de modo que dada a solução ao problema político (se quisermos, ético-político, como no comunitarismo) resolvido ficaria sem mais o problema do direito – as validades e a normatividade assumidas através daquele primeiro problema seriam indistintamente a validade e a normatividade a referir neste segundo problema – ou, nos termos mais comuns, é considerado apenas na funcionalidade de uma global concepção política da sociedade, sendo os “direito”, a “legislação” e a “função judicial”, etc., convocados, e o sentido de todos esses elementos ou factores compreendidos, tão só numa comprometida função de realização daquela concepção e assim, de novo se diga, como variáveis dependentes de um projecto político e do mesmo modo numa última identidade entre o político e o jurídico; não como expressões axiológico-normativas e institucionais de um autónomo e específico sentido do direito que, como tal, cumpra assumir e realizar, embora decerto num contexto também político.” *Ibidem*, p. 98.

posta política. Uma solução política que opta, categoricamente, pela absoluta funcionalização do jurídico, algo que não se dera, porém, com aquele modelo moderno: em verdade, é com a institucionalização dessa visão, a qual desemboca em última análise no próprio normativismo jurídico, que se passa a ganhar de maneira crescente a centralidade do discurso de autonomia da juridicidade e da metodologia jurídica⁴⁹⁸. Diferentemente, na atualidade já sequer se aceita esses intentos de autonomia, optando-se, como salientado, pela como que apressada e inglória funcionalização político do direito.

De outro lado, as *concepções comunitaristas* seguem no mesmo sentido, isto é, também elas não atentam a isso que estamos a chamar, nas palavras de *Paul Ricoeur*, de problema específico do direito, deixando sua referência normativa ao sabor daquele holismo ético-político que marca a ferro o se olhar. E isso de tal modo que, como ensina *Castanheira Neves*, elas estariam a reproduzir na atualidade espécie de “situação ético-política grega”, voltando-se a *polis* e ao bem comunitário como únicos critério da *práxis* social: daí que para o autor português, nesse sentido, a autonomia do direito teria de esperar o mundo romano para que então pudesse aparecer. Assim como no “mundo grego” e sua filosofia o que de fato relevava era a noção de *bem* da *polis*, no âmbito da qual se encontraria tanto o seu “ser” quanto o seu “sentido normativo” determinante da *práxis* comunitária – e isso tanto com *Platão* quanto com *Aristóteles* –, também o comunitarismo mais coevo teria perdido no todo a referência à autonomia do mundo jurídico, reduzindo suas atenções normativas a partir daquele holismo. É como se não se formasse aí qualquer paisagem jurídica, permanecendo o direito como que absorvido pela prática e respectiva compreensão políticas. Daí *Castanheira Neves* insistir, ao se referir àquele mundo grego, no fato de a autonomia da paisagem jurídica ter se manifestado, como que à primeira vez, no mundo e na filosofia romana, quando então teria surgido a figura essencial para a emergência do direito, o jurista⁴⁹⁹. Autonomia essa que se faria “constante” ou crescente com as redeterminações interpretati-

⁴⁹⁸ *Ibidem*, pp. 100/104.

⁴⁹⁹ É importante pontuarmos aqui a convergência, em sentido aproximativo, nesse sentido, de MARCELO NEVES: “Cale lembrar que, em Roma, já havia a presença de uma certa diferenciação do direito em relação à política. Mas, como já foi adiantado acima, a diferenciação do complexo direito romano referia-se à dimensão dos procedimentos de aplicação jurídica. O direito permanecia assentado na tradição e em princípios de natureza religiosa. Não constituía um direito alterável permanentemente por decisão, o que só se torna realidade com a diferenciação do procedimento legiferante no Estado moderno, associada ao surgimento da Constituição como instância reflexiva do sistema jurídico.” NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*, Op.Cit., p. 15.

vas dessa mesma autonomia por meio da hermenêutica dos juristas medievais (concebida como *interpretatio*), que afinal teria se mostrado constitutiva já do *ius commune*.

Deslocar daí os olhos e retirar o discurso das justiças dessa instância de estrita *legitimação* a fim de re-originar as discussões acerca do justo naquele espaço que lhe é verdadeiramente próprio, espaço em que de fato se realiza *o justo*, qual seja o espaço do direito, não é tarefa fácil. Tal empenho, que já vem sendo levado a cabo em importantes frentes do pensamento jurídico contemporâneo, não se concretiza sem uma adequada percepção e participação da *experiência jurídica* ⁵⁰⁰. A solução jurídica pela legalidade, na qual vai implícita a intenção política de domínio da juridicidade, não nos leva muito longe e o máximo o que consegue arquitetar – apenas discursivamente – é uma especificidade dogmática do direito (a instauração de um *dogma* como espécie de “ilusão vital”, como dirá *Jean Baudrillard*): de qualquer sorte, referida dogmática não tem como dogma a intenção propriamente de realizar o direito, ou o *direito qua tale* – na toada romana da deusa *Iustitia*, lembrando com isso o *ius-dicere* que caracteriza o direito que não se entrega ao *poder* –, senão o que ela visa é uma sua redução objetivista e cognitivista, como já estamos a ver desde o início. Não se trata de um caminho afeito ao questionamento acerca do problema do *fundamento-validade* do direito, tampouco de um seu suposto sentido e da origem do vínculo jurídico, uma vez que seu olhar não se aloca numa prática de realização histórica senão que se estabelece *a priori*, em última análise como *volunté générale*, mais uma vez como institucionalização da política.

O que teríamos aí, em último termo, nada se distancia daquele direito que se converte em legalidade sem expressão de *sentido normativo* e como que a identificar

⁵⁰⁰ “Ora, só o jurisprudencial pensamento jurídico dominante, como o mediador juridicamente intencional entre a consciência jurídico geral da comunidade e a sua prática jurídica – (...) –, realizará essa integração da normatividade jurídica constituída no sistema jurídico. E realiza-a através, simultaneamente, da recompreensão (da compreensão refundamentante) da validade jurídica nessa normatividade e da reelaboração normativo-dogmática do sistema jurídico pela sua consideração. Aquela compreensão de validade justifica normativo-juridicamente a normatividade constituída, esta reelaboração opera a sua assimilação sistemática, em termos de o sistema jurídico só poder pensar-se a partir daí mediante ela – a compreensão justifica-a como *de direito*, a assimilação introdu-la *no direito*. sempre que tal aconteça, a normatividade jurídica constituída e assim normativamente integrada no sistema não deixará, ela também, de convocar em dever-ser a prática jurídica, como seu regulativo normativo, e a prática jurídica não deixará de a assumir-realizar, como seu critério normativo-jurídico – *as duas condições normativas fundamentais da vigência*. Tudo o que é decerto mais um fenômeno de valoração-compreensão do que um fenômeno de objectivo-formal verificação, mas isso mesmo é da natureza do direito e o problema das fontes do direito não poderá renegar essa mesma natureza, pretendendo oprar com outra: os problemas do direito, todos os problemas do direito, resolvem-se no universo intencional, axiológico e normativo em que participa o próprio direito.” CASTANHEIRA NEVES, A. *Fontes do Direito*. Op.Cit., p. 90.

sem mais, em seu pano de fundo, *ius* e *lex*. Como bem o sabemos, fora essa sobreposição – decorrente daquele intento de solucionar *uno actu* o problema da juridicidade a partir de uma solução do problema da política – que então abriu vazão ao atualmente tão criticado *positivismo jurídico*. Uma solução que se voltou a responder demandas do poder político *stricto sensu*, de um lado, mas também do vínculo político social, de outro, e que afinal condenava o pensamento jurídico à inação. Daí emerge a construção normativista do direito, em tese garante de sua autonomia, mas cega aos golpes de mau-lho que lhe chegam do *poder* político e dos movimentos sociais vindouros. Perceber o espaço do direito, no entanto, é abrir mãos desse enlace (fictício) da determinação da juridicidade e da própria justiça – do justo – a partir de um viés standardizante e, por conseguinte, anacrônico. Fato é que os problemas do pensamento jurídico não têm de ser solucionados pela *teoria do poder*, especificamente do poder político, e a isso também *Hans Kelsen* esteve atento, não obstante tenha incorrido em solução epistemológica (de teoria do conhecimento) que acabava por entregar ao poder a manifestação da *norma*⁵⁰¹: o “objeto” da ciência do direito não tinha outro remetente senão esse em que se manifesta o poder. Sem dúvida que o normativismo, uma vez conduzido à dinâmica do poder político, não rui no que toca sua institucionalização teórica – e a isso se dedicou *Norberto Bobbio* quando da tentativa de uma funcionalização da estrutura normativista. Ocorre que, nessa esteira, não se está articulando o pensamento jurídico naquilo que verdadeiramente lhe cabe, isto é, a própria juridicidade (e com isso a *liberdade* que ela alcança diante do poder), mas sim a fazendo ser conduzida por contingências políticas que não têm de ser aceitas assim sem mais – como que “às cegas” – pelo direito⁵⁰².

Um pensamento jurídico que assume a realização da juridicidade como tarefa sua opera, em verdade, como que uma *reterritorialização* da paisagem jurídica, concebendo-lhe intencionalidade axiológica própria na medida em que se firma constitui-

⁵⁰¹ “Como resulta já do que foi dito, o *problema da juridicidade* de um qualquer sistema normativo-jurídico foi exactamente compreendido por Kelsen como um problema insusceptível de resolver-se pela referência aos poderes que no mesmo sistema se oferecem instituídos, mas também isso não nos obriga a aceitar a *solução* que Kelsen propôs para esse problema. O que importa de momento é reconhecer a autonomia do problema e a sua irredutibilidade a uma perspectiva puramente de poder, pois trata-se de um *problema normativo* e não de um *problema político*.” CASTANHEIRA NEVES, A. *Fontes do Direito*, Coimbra: Coimbra, 1995, p. 14.

⁵⁰² Não é à toa que, como já dissemos, *Aroso Linhares* proporá a leitura da experiência jurídica como momento de “*contra-poder*”, como espaço de crítica jurídica à *societas*, especificamente, como um *Direito Crítico*.

vamente ante os demais fenômenos que compõem o bloco da normatividade social. Certamente que nessa assunção convergem outras instâncias de referência normativa, de sorte que substancialmente a cultura jurídica se mostra um tanto translúcida aos ensejos da sociabilidade, embora intente essa sua atuação autônoma. E fazê-lo, perceba-se, não é mais do que optar por experienciar criticamente o próprio direito – a *experiência jurídica* – naquilo que de fato lhe caracteriza, o que forçosamente convoca perspectiva de consideração da juridicidade no todo distinta daquela que os diversos “paradigmas” insertos no “modo de pensar moderno” ensejaram operar. Não se trata aí de um *modus* de organização e regulação da sociedade em geral como que a estabilizar o direito em abstrato e a percebê-lo antes da aparição dos problemas concretos que o convocam, mas como efetiva *expressão* de uma *validade*. É uma prática específica que assume essa experiência de validade concreta – ademais, essa experiência, que é uma experiência reflexiva, é já *uma prática* –, voltada à própria coexistência problemática das pessoas e das controvérsias que daí afloram⁵⁰³. Nessa toada, o pensamento jurídico é a própria prática jurídica, dando ele sentido material à juridicidade e a diferenciando reflexivamente, não sem dialogar com aquelas grandes teorias, mas a deitar o direito como *convalescença*. O justo que se faz aqui possível caminha nessa constância, como *continuum* de descontinuidades (a aparecer aqui a metáfora da convalescença), que faz emergir na própria prática (e sua intencionalidade reflexiva) a normatividade e o vínculo jurídico⁵⁰⁴. Além de se nos esclarecer que o *vínculo jurídico* nunca é um da-

⁵⁰³ “Validade para essa prática, enquanto fundamento e critério normativos do seu reconhecimento ou da sua crítica e assim a referir uma normatividade convocada pelo juízo prático (prático-normativo) sobre a mesma prática, e em que o homem (homem-pessoa) é sujeito de autonomia e correlativamente de responsabilidade nos problemas concretos da sua inter-relação e inter-ação comunitárias. À perspectiva da sociedade nua intencionalidade organizatória e regulatória, opõe-se assim a perspectiva do homem-pessoa, numa intencionalidade de validade axiológico-normativa para a sua prática problematicamente concreta – e validade de sentido normativamente judicativo.” CASTANHEIRA NEVES, A. *A Crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia*. Op.Cit., p. 105.

⁵⁰⁴ Esse movimento da normatividade jurídica emerge como aquela *ordem espontânea* de que nos fala Friedrich Hayek, como que a sublinhar a o movimento espontâneo da reflexividade que se volta criticamente à realidade posta, à ordem já estabelecida, como o ordem política e institucionalizada. “O grego clássico tinha uma vantagem: possuía palavras distintas para designar os dois tipos de ordem, a saber: *taxis*, para uma ordem feita, uma ordem de batalha por exemplo, e *kosmos*, para uma ordem resultante de evolução, tendo originalmente significado ‘uma ordem correta num esta ou comunidade’.” HAYEK, Friedrich. *Direito, Legislação e Liberdade. Uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política*. São Paulo: Visão, 1985, p. 38. E páginas à frente (p. 48) lê-se: “A coexistência regular dos dois tipos de ordem em toda sociedade de qualquer grau de complexidade não significa, contudo, que possamos combiná-los à nossa vontade. O que na verdade constatamos em todas as sociedades livres é que, embora grupos de homens se unam em organizações para a consecução de alguns fins específicos, a coordenação das atividades de todas essas várias organizações, bem como dos diversos indivíduos, é produzida pelas forças que favorecem uma ordem espontânea.”

do prévio ou axiomático, mas sempre normatividade *a posteriori*, como que a emergir nessa “continuidade problemática”, fica claro também que a normatividade jurídica se lança sobre a sociabilidade de modo um tanto arredio (porque demanda um *decisium*), mas como que a exigir seja ela domada.

A exigência (*ética?*) de uma metodologia própria da ocorrência jurídica decorre dessa demanda, sobretudo porque “o justo jurídico” não aparece senão nessa convalescença (espécie de “convalescença dogmática”), como se resultasse do “abrir dos olhos” curiosamente dos juristas à sua realidade ⁵⁰⁵. A litigiosidade do direito não deve ser perdida de vista, antes é a ela que se deve voltar o pensamento jurídico, com o que não se nega a participação da legalidade também nesse espaço, mas a ela não se limita, antes a assumindo como contingência. É em termos de *processo* (e de “teria processual”) como território da ocorrência incessante do direito que deve a experiência da juridicidade ser defrontada, ganhando-se aí não apenas um palco de ocorrência fria, mas de verdadeira crítica (*atte ad essere applicate da um organo giudiziario secondo una determinata procedura* ⁵⁰⁶): uma normatividade como *devir*, como *devenir* calçado na renovação do tratamento concreto de cada novo problema-*caso* ⁵⁰⁷. Com o que não se pode deixar de perceber que esse devenir da juridicidade, sua ocorrência como devir, a desenhar uma normatividade futura como presente, assenta suas raízes no pro-

⁵⁰⁵ “Nem deixe de observar-se que a garantia da autonomia do direito oferecida pela própria experiência jurídica sempre foi vista a manifestar-se, não na legislação facilmente e naturalmente assimiladora do político, mas no juízo decisório ou na jurisdição enquanto a própria matriz do ius nessa sua autonomia – não foi assim na *iurisprudencia* romana e não é isso que pretendia dizer Aristóteles ao afirmar o juiz “a encarnação do justo”, R Marcic ao enunciar *ubi ius ibi iudex, ubi iudex ibi ius*, Kantorowicz ao ver o critério geral do direito na “justiciabilidade”, A. Kojève ao sustentar que a “especificidade e a autonomia do direito”, perante os interesses puramente sociais e políticos, implicaria a “aplicação de uma certa ideia de justiça às inter-acções sociais dadas” por intermédio de um “terceiro” juiz, etc.” *Ibidem*, p. 106.

⁵⁰⁶ KANTOROWICZ, Hermann. *Le definizione del diritto*. Italia: Editore Torino, 1962, p. 142. Nesta página e nas seguintes, do livro ora citado, fica mais claro o que Kantorowicz compreende por justiciabilidade, mencionado acima.

⁵⁰⁷ Como que a sintetizar o que estamos dizendo: “Introducendo il critério degli <<organi giudiziari>> siamo sicuri di comprendere solo quei tipi di organizzazione sociale che, in fasi posteriori dell’evoluzione, formano l’oggetto della dogmatica giuridica, il núcleo centrale della scienza giuridica, in confronto a cui le altre branche di questa, se puré si sono sviluppate, non sono mai state molto più che scienze ausiliare. La dogmatica giuridica è sempre stata una scienza teoretica con una tendenza alla pratica. Consciamente o inconsciamente, ha sempre mirato a preparare la strada per le decisioni giudiziali spiegando e razionalizzando il diritto, e, quindi, a servire gli organi giudiziari della comunità. Questi organi giudiziari, inoltre, sono necessariamente legati a dua tendenze potenti nell’evoluzione del diritto e del pensiero giuridico: da un lato, come abbiamo già visto, alla tendenza verso l’ideale della razionalizzazione; dall’altro, alla tendenza verso l’ideale della giustizia; poiché giustizia e imparzialità sono inseparabili. L’esistenza di organi giudiziari spiega anche il sorgere di una classe multiforme di giuristi di professione, che sono i principali responsabili di questa razionalizzazione del diritto.” KANTOROWICZ, Hermann. *Le definizione del diritto*. Italia: Editore Torino, 1962, pp. 139/140.

blema-concreto, com o que se nos afigura um pensamento jurídico como “extração da juridicidade”: é o pensamento jurídico que extrai a juridicidade da realidade, moldando-a ao seu sabor, mormente quando percebido naquele diferendo, e não obstante seja esse seu devir inevitavelmente tocado por outros movimentos e intencionalidades . Não fosse o pensamento jurídico, certamente não haveria se falar em justo, de modo que o direito e sua realização antecedem qualquer intento dessas atuais reflexões globais acerca da sociedade e da política.

Perceber a ocorrência do direito nessa prática continuada de *extração da juridicidade*, o que não difere em nada de dizê-la alocada no labor do pensamento jurídico, determina (ou ordena) a normatividade jurídica em pelo menos duas grandes linhas. De um lado, identifica a *jurisprudência* tanto judicial quanto doutrinal como momento de ultrapassagem (ou superação) dos limites normativos historicamente alinhados à atuação da jurisdição. Esse o ponto de partida. Aqui se reserva o movimento daquilo que se tem chamado de convalescença do direito como que a exigir um cuidado especial (e um tratamento) com a adequação normativa da realização jurídica, demandada ademais pela própria concreto-problemática de sua ocorrência. Aponta-se então às dimensões da *legalidade*, dos *limites objetivos*, dos *limites intencionais*, dos *limites temporais* e *limites de validade* dessa mesma ocorrência, de modo a delimitá-la ao espaço aberto da institucionalidade das “fontes do direito”. De outro lado, como que do lado de fora dessa dimensão um de certa forma mais próxima da ideia de *lex*, elementos diversos se constroem e ganham força normativa e com isso pressionam a ocorrência da juridicidade com sentidos materiais novos, tal o caso dos *direitos humanos*. Trata-se de reconhecimento universal, e não menos por parte do pensamento jurídico, da proceduralização da prática jurídica, com o que se tem exemplo não da *lei* como instância de validação e de criação de direitos (sobretudo direitos subjetivos), mas antes direitos – alçados à condição de universalidade – a condicionarem aquela legalidade num sentido de validade jurídica: uma validação material do direito. O que por si só, embora assente sua aceitação de forma generalizada (sem que se desconte a possível crítica de sua *abstração*, como ensina *Deleuze*), não arranja de uma vez por todas o esclarecimento quanto a esse sentido normativo, isto é, não nos explana o que são afinal esses ditos “direitos do homem”. Daí a crescente preocupação teórica, especialmente no âmbito do constitucionalismo e do direito econômico, com as assim intituladas “obriga-

ções fundamentais”, como que a salientar a contra-face, senão a própria essência, dos “direitos fundamentais”. Essa mobilização que demanda a assunção individual de uma responsabilidade perante o direito, e assim perante toda a comunidade que o visa concretizar, assenta também sob o prisma de preocupações referentes à *pessoa* num intento de sobrepujar sua redução individualista. De outro lado, ainda, não podemos deixar de fazer referência aos já referenciados *princípios normativos* – como aludimos no capítulo anterior⁵⁰⁸ – convocados qual fundamentos normativo-jurídicos da própria juridicidade e a encetarem outro pólo da *normatividade jurídica*. Esses já mais claramente insertos no devir daquele “tratamento reflexivo”, como absorções daquela convalescença, e que nos permitem hoje, assim como antes, falar de um *decisium contra legem*.

É uma normatividade material que dispensa a centralidade da lei que então se nos afigura, e assim a operar uma recuperação do *ius* para além dessa *lex* e sua *volutas*, alocado na própria prática de sua realização processual. Dois pontos devem ser anotados. Primeiro importa perceber que essa normatividade não se confunde com uma sua pressuposição pétrea (como standardização de algum valor superior), qual seria o caso se estivéssemos a pensar no âmbito de um “direito natural” (qualquer que fosse a sua pressuposição, tanto ontológica quanto antropológica) que assegurasse um caminho preciso às decisões e reflexões jurídicas. Essa *normatividade jurídica* – diferenciada em sua própria convalescença – disponibiliza e firma uma referência criteriosa em que se assentam as escolhas históricas dominantes do próprio direito enquanto *justiça*, e aqui sim num sentido que não se limita à política. Sua *função* seria então a de viabilizar a crítica à legalidade como um todo, abrangendo também suas decisões políticas e abrindo o espaço em que se firmam os fundamentos de validade e os caminhos passíveis à realização judicial. A centralidade do processo não pode ser aqui ignorada, uma vez que é a essa dimensão, e a esse momento em especial, que tudo ocorre: não há extração jurídica do justo, tampouco haveria se falar em normatividade autônoma, não fosse o pensamento jurídico posto a resolver problemas concretos (diante da “questão

⁵⁰⁸ Sem que se possa esquecer a diferença interna entre os *princípios normativos positivos*, já expressamente manifestos pelo direito vigente, os *princípios normativos transpositivos*, a remeterem às condições normativas transcendentais (na empíricos) e estruturantes das diversas frentes do fenômeno jurídico, e os assim chamados *princípios normativos suprapositivos*, que fazem referência aos elementos e categorias do sentido derradeiro do direito. Conferir, para além dos teóricos do jurisprudencialismo, mas esclarecendo essas categorias de “princípios normativos”, nas dimensões referidas: GOYARD-FABRE, Simone. *Filosofia crítica e razão jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 71 e seguintes.

da decisão”), não por meio de um qualquer *decisium* ou da aposta na interpretação cognoscitiva, senão na formação de um juízo problemático.

É, em última análise, em razão da *processualidade histórica* da realização do direito que se tem afirmado, na atualidade, de modo tão fortemente ao pensamento jurídico o tratamento prático e teórico da temática referente aos princípios jurídicos. Tratamento esse cujo enfrentamento não se limita, certamente, a uma delimitação de sentido ou à busca de um seu sentido exato (um sentido último, como se poderia crer num enfoque estritamente hermenêutico), e tampouco na determinação categorial das suas mais variadas modalidades, graus e força normativa. Trata-se de problemática rica que, em verdade, avança questões delicadas que atingem a própria estruturação política do direito vigente, para além da sua dinamização legiferante, mas no âmbito mesmo de sua ocorrência concreta. Concorre nela o questionamento acerca do sentido da relação entre esses “princípios” e os assim chamados “direitos”, como que a demarcar um espaço de autonomia básica categorial (entre essas categorias). Se os direitos (como “direitos individuais”) têm uma tendência a asserir social e comunitariamente uma espécie de “força desagregadora” ou “desintegradora”, os princípios, como que a andar na contramão desse entendimento, assentam uma dimensão normativa mais *densa* e “integradora”, seguindo no sentido de uma convergência das justiças.

Na afirmação de tal referência normativa, e historicamente material (a se expressar naquela *extração reflexiva*, como ensina *Martin Kriele*), o justo jurídico encontra um seu caminho crítico ante a institucionalizada justiça política. E nessa esteira não pode deixar de fazer atenção àquela linha de justiça hoje prevalente – aceita por muitos pensamentos jurídicos –, qual seja a do constitucionalismo atual, ou *neoconstitucionalismo*⁵⁰⁹. Sem entrar na discussão quanto a saber se a Constituição consiste ou não em metáfora do discurso ou da retórica do poder (*Constituição como metáfora*, parafraseando *Marcelo Neves*), como que a receber inferências discursivas e estruturais das mais variadas origens, parece inegável que o próprio constitucionalismo não é instân-

⁵⁰⁹ Desde logo, “esta tendencial conclusão – a identificação da juridicidade com a constitucionalidade – remete-nos a um segundo ponto. Trata-se do problema do fundamento da validade e constitutivo do direito *como direito* – problema que o pensamento jurídico hoje, nos termos de que nos temos vindo a dar conta, não pode já iludir pressupondo o direito como “dado” (atitude do positivismo acrítico) ou “postulado” na sua juridicidade (solução kantiana e sistêmica), e que antes terá directamente de considerar e resolver. E problema a que a invocação, como que seja, de direitos e princípios, só por si, não pode dar solução, pois essa invocação só o leva verdadeiramente a pôr.” CASTANHEIRA NEVES, A. *A Crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia*. Op.Cit., p. 110.

cia (reflexiva) que possa abstrair das crises semânticas de seu entorno. De sorte a compreensão de sua estrutura não pode deixar de lado a compreensão que se abre a partir de sua própria semântica, sem o que o constitucionalismo não seria nada além da afirmação de uma normatividade historicamente datada. O desenvolvimento constitucional é fundamental à ocorrência jurídica na atualidade, de modo tal que se demanda uma sua incessante reescrita “conceitual” e semântica, sob pena de perder de vista aquela ocorrência, de forma coetânea e responsável com a sociabilidade que lhe convoca. Se o modelo típico da *formação social pré-moderna* se assenta numa noção forte de “hierarquia”, não é esse modelo que hoje se pode considerar mais adequado, antes tendo de se lançar mão de uma *compreensão heterárquica* dessa realidade social – e não foi de outro tema que quisemos chamar atenção no correr de todo o capítulo precedente.

Daí a centralidade hoje da noção de *razão transversal*, bem como, portanto, de uma “transversalidade do justo” no direito: uma razão transversal que se imponha como “metanarrativa persistente” nos encontros e desencontros dos mais diversos “jogos de linguagem”, especificamente aqueles que se mostrem passíveis de comunicação⁵¹⁰. Com isso, porém, não se intenta a manifestação de alguma “super justiça”, como que a configurar uma substância inevitável da realização do justo, antes seria ela (a razão transversal) uma instância no todo *vazia*, isenta de qualquer conteúdo prescritivo, espécie de razão ou racionalidade que se comunica com e faz comunicar os conteúdos disponíveis, colocando-se a serviço da justiça⁵¹¹. Isso demanda do constitucionalismo a aposta na *adequação*, ou na flexibilidade normativa da própria Constituição, sem que no entanto se queira lançar a ocorrência do direito ao mero realismo jurídico, mas sa-

⁵¹⁰ Na esteira da *Transversalen Vernunft*, de Wolfgang Welsch, Marcelo Neves sintetiza: “Nessa perspectiva, Welsch propõe o conceito de “razão transversal” que “não tem status de um hiporintelecto, mas sim, precisamente, o status de razão – o status de uma faculdade não de impor decretos, senão de faz transições”. Ou seja, trata-se de uma razão que não é outorgada aos jogos de linguagem particulares, mas, ao contrário, está envolvida com entrelaçamentos que lhe servem como pontes de transição entre heterogêneos. Dessa maneira, Welsch fala de uma “metanarrativa pós-moderna.” NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*, Op.Cit., p. 39.

⁵¹¹ “Seria uma “justiça sem consenso”, ou mais precisamente, enquanto “justiça em face do heterogêneo”, basear-se-ia “no consenso primário sobre o fato de que, no plano secundário, o do conteúdo, são legítimos dissensos graves, ou, formulando de forma mais radical, em um “consenso justamente sobre o fato de que está em jogo um dissenso de base, a partir do qual não é mas possível acordo relativo ao conteúdo.” Ibidem, p. 40. “Denn unter heutigen Bedingungen muß man gerade mit der Möglichkeit rechnen, daß die Tätigkeit der Vernunft letztlich nicht zu einem Konsens, sondern zur Artikulation basaler Dissense führt. Gewiß ist auch hierbei noch die Verständigungsintention leitend – aber sie endet mit der Verständigung über die Unmöglichkeit letzter inhaltlicher Übereinstimmung.” WELSCH, Wolfgang. *Vernunft: Die zeitgenössische Vernunftkritik und das Konzept der transversalen Vernunft*. Op.Cit., p. 937.

bendo-se que o devir jurídico não se permite aprisionado em traduções pétreas ⁵¹². Voltado ao caso concreto, a reflexão jurídica opera sua dinâmica como que *sub judice*, no caso decidendo, de modo que a aposta no discurso da consistência normativa, como intento de enquadramento geral da realidade (e é esse o discurso da política), não apenas fere a autonomia do direito (em sua reflexividade), mas atinge de morte a própria possibilidade do justo e igualmente de um constitucionalismo coevo. Daí que a sobreposição, pura e simples, da política sobre o direito impeça que se alcance a transversalidade que se demanda na atualidade ⁵¹³.

O que isso nos ensina, se atentamente problematizado, é perceber que a “semântica constitucionalista” – porquanto projeto do pensamento jurídico – pulsa de tal modo que tende a ultrapassar a si mesma (e atinge *outras semânticas*), de sorte que compreendê-lo impõe a ela abrir seus olhos à ocorrência concreta em que ela se realiza, mormente se não se admite uma redução do jurídico à política. A semântica constitucional como que domina o espaço normativo da própria estrutura constitucional, renovando-a a partir do concreto (como adequação social) e das problemáticas aí inseridas, no que vai implícito, todavia, que o direito e sua ocorrência não se reduzem ao discurso constitucionalista. A juridicidade – e assim, o *pensamento jurídico* – tem outros problemas que não os estritamente hermenêutico-constitucionais, isto é, de adequação do constitucionalismo ao devir de uma realidade social. O neoconstitucionalismo aparece ao teórico do direito como mais um passo a ser dado, um passo sem dúvida de imensa importância (tanto política quanto jurídica) e mesmo inevitável, no sentido de garantir aquela convalescença jurídica a que nos referimos, ou seja, no sentido de operar o justo no direito. E não é noutro sentido que caminha, afinal, uma concepção normativa que se enuncie sob um olhar *transconstitucionalista*, uma vez que carrega na própria epígrafe (e em sua nomenclatura) aquela intenção de transversalidade – ou simplesmente o *trans* do constitucionalismo. Assim, se não é errado inferirmos que o direito, uma vez aplacado por essa verdadeira onda constitucionalista, passa a compreender-se ele mesmo como que materialmente condicionado em sua validade e vínculo

⁵¹² “O excesso de ênfase na consistência jurídico-constitucional pode levar a graves problemas de inadequação social do direito, que perde, então, sua capacidade de reorientar as expectativas normativas e, portanto, de legitimar-se socialmente.” NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*, Op.Cit., p.65.

⁵¹³ “Nesse contexto, a subordinação estrutural de um sistema a outro, especialmente do direito à política, impede que se construa e se desenvolva uma Constituição transversal, apta a promover o aprendizado e o intercâmbio recíproco, construtivo e duradouro de experiências com as racionalidades próprias de cada um desses sistemas. Ibidem, pp. 79/80.

sociais, de sorte a se lhe imputar a garantia daqueles “direitos” e “princípios” constitucionais, faz-se forçoso que se pergunte quanto àquele *trans*: como que a indagar em que se funda, afinal, a normativa vinculação jurídica desses mesmos “direitos” e “princípios”. Certamente que a resposta não pode ser inferida tão só da “dinâmica constitucional”, caso em que se voltaria a confundir a problemática da validade com a legitimidade de um poder já instalado, até porque, de outro lado, a constitucionalidade não pode ser o fundamento normativo de si mesmo.

O pensamento jurídico que se consubstancia como *pensamento constitucionalista*, e sobretudo o neoconstitucionalismo mais corrente, assim como o pensamento hermenêutico, é de fato um passo importante do *labor jurídico*, não encerra todavia a autonomia (normativa) da própria teoria do direito. A confusão se dá nessa medida, ou seja, quando se crê que a teoria jurídica se realiza no âmbito do constitucionalismo, ou quando se alimenta a crença de que na Constituição (em sua normatividade mais principiológica) encontramos o mais alto grau da reflexividade jurídica. Saber se os seus “direitos” e “princípios” engendram vínculo normativo porque são pela Constituição proclamados e anunciados ou porque ela lhes confere uma especial tutela e garantia – de modo a ter ela num caso uma função *constitutiva* e noutro tão só *declarativa* – é, por exemplo, questão que toca ser problematizada pelo jurista, principalmente aquele que se questiona quanto ao fundamento material desses direitos e princípios, mas que não aparece ainda aventada pelo constitucionalismo. Fato é que a compreensão constitucional desses direitos e princípios carrega consigo espécie de ambiguidade infungível, sem que com isso se queira negar sua premência: o consenso inevitável acerca de seu vínculo normativo como que lança nuvens sobre o problema do seu fundamento de validade (e não apenas de legitimidade), como se não houvesse qualquer distância problemática (no sentido de problema teórico ou reflexivo) entre a própria Constituição e os seus pressupostos normativos. De sorte que na solução constitucionalista à problemática da validade jurídica podemos ver tão só uma *proposta de solução*, certamente hoje central, mas não uma solução indiscutível e evidente: e assim o problema da validade do direito e de sua ocorrência permanece em aberto, e demanda a continuidade do pensamento jurídico, mormente porque o *trans* do constitucionalismo se tem anunciando cada vez mais presente.

Se a disponibilidade prática (e normativa) do direito é de fato problemática (voltada à resolução de problemas) e de tal modo que salienta uma miríade de descon- tinuidades que se impõem como *decisões judicativas* (e toda a temática da consistência dogmática do direito), a continuidade da juridicidade, que também não escapa de ser problemática, é no pensamento jurídico que a encontramos. Nesse devir próprio do di- reto, uma Constituição aflora institucionalmente como resultado da contingência histó- rica e cultural, e o faz sublinhando espécie de *estatuto jurídico do político* (do exercí- cio do poder) que ora pode ganhar cores mais jurígenas, quando aventa uma série de valores e princípios jurídicos fundamentais, ora estritamente política, como se dá com a decisão de um projeto político-social e de um específico tipo de Estado, seus poderes e sua índole governamental⁵¹⁴. Também a hermenêutica e o problema da interpretação da constituição ganham então uma índole própria, referida pela intencionalidade políti- ca. Fato é que, como qualquer normatividade que se objetive (que se faça “objeto”), a da constituição não deixa de engendrar específicas “aberturas” e “indeterminações” que exigem uma interpretação e respectiva integração. Em verdade, é justamente na Constituição que o problema da hermenêutica ganha maior vulto, haja vista a sua baixa densidade normativa alocada no topo da ordem jurídica vigente: somente por meio de amplo empenho de desenvolvimento, de interpretação e de concretização jurisdicional se faz suscetível sua realização. E nesse ínterim, os critérios normativos convocados são menos de orientação jurídico-normativo, ou nas assim chamadas “considerações jurídicas” da constituição, do que propriamente numa intencionalidade política cujos critérios teriam forte caráter funcional com o intento de reduzir aquela contingência. Ainda que, com efeito, assim o seja, não é possível que se exclua em absoluto a possi- bilidade de que as soluções que assim se ofereçam, isto é, por meio desses critérios es- pecificamente políticos e funcionais, se mostrem em contradição com a chamada *su- perconstitucionalidade* (como fundamento da validade normativa da constituição),

⁵¹⁴ “E como o estatuto jurídico do político, mesmo naquela primeira parte [*jurídica*], não visa, nem pode cobrir todo o jurídico ou oferecer os fundamentos constitucionais de todo o direito, em todos os seus domínios e em toda a sua problemática – estamos perante o reconhecido “caráter fragmentário” da constituição, em geral e muito particularmente quando ao domínio jurídico. Pelo que sempre tam- bém, já por isso ou extensivamente, a juridicidade não poderá coincidir com a constitucionalidade e se imporá esta questão: onde e com que sentido procurar os valores e os princípios regulativos, os funda- mentos e os critérios para o direito constituindo e decidendo que não encontra directa cobertura inten- cional na constituição? E a resposta não poderá deixar de implicar o reconhecimento de largos espaços da juridicidade a ultrapassar ou a constituir-se para além das possibilidades regulativas da constituciona- lidade.” CASTANHEIRA NEVES, A. *A Crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia*. Op.Cit., p. 112.

como bem escreveu *Jean-Jacques Bienvenu*⁵¹⁵. Caso esse em que a própria constitucionalidade da decisão estaria a beirar uma negatividade, uma vez que carente daquela validade jurídica, de modo que, em casos assim, a última solução não se declara politicamente, mas juridicamente: é o *estatuto jurídico* (com a afirmação de um “sentido de direito”) que então se firma por sobre o *estatuto político*⁵¹⁶.

c) O problema do direito e o problema político.

Diante dessas problemáticas, e aí tanto as que se referem mais diretamente ao constitucionalismo e seu escopo de domar a normatividade constitucional (e jurídica), mas também as demais frentes que a partir daí se abrem, tais como a que se relaciona com a ultrapassagem normativa do direito em relação aos limites que a consistência da Constituição pode querer impor, a solução que opta por uma estrita *decisão política*, porque parte do abstrato e geral, é sempre a mesma. Não se diferencia, de um lado, aquilo que é um *problema político*, qual seja o problema geral da legitimidade e da determinação dos variados campos de poder e de organização socialmente estruturantes, ou institucionais, também a delimitação dos fins que socialmente se intenta alcançar e afinal os processos e procedimentos governamentais; e, de outro, aquilo que é um *problema especificamente jurídico*. O problema do sentido próprio do direito, de sua normatividade e autônoma reflexividade, a problemática sem fim da validade jurídica, da determinação normativa da juridicidade e dos critérios de sua prática judicativa são temas que passam ao largo de tais reflexões: assim, querer fundar o direito numa singela tomada de *decisão* é erro tão crasso quanto querer dizer que a morte da subjetividade engendra sem mais o fim ou a ausência de sentido da vida. São problemas distintos, e confundir direito como mera decisão é afundá-lo no irascível da política, o que, embora arraste consigo certa tomada de posição – em seu caráter decisional –, de modo a não poder ser negada sua criticidade, não deixa de envolver uma radical *ambiguidade*.

A ambiguidade dessa decisão reside na própria invocação que se faz da justiça, quando visto o seu sentido sob um olhar rigorosamente político, ou de pensamento

⁵¹⁵ Cfr.: BIENVENU, Jean-Jacques. *Supraconstitutionnalité et systematicité Du droit*. In: *Archives de Philosophie du Droit*, tome 31, 1986, pp. 57 e ss.

⁵¹⁶ *Ibidem*, pp. 114/115.

político, uma vez que ao lançar suas reflexões regulativas por toda a movimentação da *societas* (um modelo amplo de sociedade) não deixa nisso de levar implícita a referência do justo ao direito. Uma solução de tal índole não é capaz de compreender a problemática do direito, e em verdade sequer assimila a intencionalidade própria da juridicidade para além de uma sua pré-figuração. E se assim se dá com *John Rawls*, não se trata de um privilégio de sua teoria, atingindo mesmo uma miríade de reflexões – tanto essas de um feitio mais obviamente *macro* quanto outras que se operam num enfoque de *micro-análises* – que operam no direito a partir da decisão política. Acontece que o problema da juridicidade, e portanto o *problema do direito*, é um problema autônomo cuja ocorrência não se admite redutível politicamente, de sorte que as questões envolvidas na busca de seu sentido autêntico e de sua distinção fulcral ante o político se mantêm em aberto. Distinguir o que é afinal do campo jurídico e o que é do campo político e com isso permitir que se apreenda também um contato crítico entre ambos é de urgência primeira para uma reescrita da teoria do direito, mormente na atualidade. Com efeito, o político não constitui a única e inevitável dimensão da prática humana em sua sociabilidade, tampouco é sua dimensão decisiva ou essencial. Tanto o ético quanto o direito, ao lado do político, são dimensões que concorrem autonomamente na formação de uma normatividade crítica da *societas*, cada qual com suas especificidades e lugares próprios, mas de tal modo que a práxis humana não se permite apreendida ou mesmo reduzida por meio de qualquer holismo político, como se fosse possível dissolver no político todo o ético e o jurídico. É porque não fecha os olhos para essas questões que a filosofia do direito ainda tem o seu espaço e a sua tarefa, ao lado certamente das demais formas de *pensamento*: é a ela, e não à filosofia política, que se impõe a demanda de uma jurídica *apreensão* e respectiva solução-*realização* do problema e do sentido do direito: é ela, afinal, que pode ainda hoje determinar – autêntica e filosoficamente – os territórios de uma justa ocorrência jurídica.

d) Um último exemplo, ainda no “pensamento político”, embora com peculiaridades jurídicas: Jürgen Habermas

Como que a se aproximar dessa assunção de um olhar político como marca do sentido último de uma *filosofia prática*, e tendo mesmo semelhante intuito de legitima-

ção teórica (mas atenta à prática social) das sociedades e democracias constitucionais contemporâneas, não é possível deixarmos de referenciar, ainda que brevemente, as reflexões – especificamente aquelas que tocam a temática da qual ora nos ocupamos – da assim considerada última versão do pensamento de *Jürgen Habermas*. Desde logo, e não obstante aquela assunção e a respectiva compreensão política das sociedades hiper-complexas de nosso tempo, há aqui uma distinção que merece ser frisada já de início, porquanto opere um tratamento analítico e diferenciador entre direito e política, bem como entre “filosofia do direito” e “filosofia política”: com efeito, além de encontrarmos um olhar de crítica mais acurada, mormente porque atenta à dimensão dos enredos que a “cultura da intersubjetividade” engendra à institucionalização da “crítica subjetiva”, não podemos negar que também direito e política vão vistos de modo renovado e colocados como que em frentes de atuação distintas. Daí dizer-se atualmente – como o faz *Castanheira Neves* – que em *Facticidade e Validade* seus seis primeiros capítulos, bem como o nono são da espécie jurídica (formam uma filosofia do direito), ao passo que os demais seriam já da estirpe de uma verdadeira filosofia política ⁵¹⁷.

Não se deve esquecer, ademais, que a “filosofia geral” (a concepção de filosofia) que vai aí compreendida não se orienta na esteira do modelo hegeliano de uma filosofia como “sistema”, mas no espaço aberto pelo modelo kantiano – aqui já se aproxima também da reflexão de *John Rawls*, majoritariamente kantiana –, e isso muito embora a intersubjetividade seja agora uma categoria central. Assume-se, em suma, uma aceção de filosofia como espaço de exercício da *crítica da razão* (ou do exercício crítico da razão, daquela “maioridade crítica” de que nos falara *Kant*) cuja intencionalidade primeira se dinamizaria como espécie de *reconstrução reflexiva* e comunicativa da própria sociabilidade hodierna: daí que se infira ser a função ou a questão fundamental da filosofia prática a determinação autônoma de um “princípio reflexivo de justificação” ⁵¹⁸. Na base dessa intencionalidade voltada à justificação (das ações

⁵¹⁷ Nesse caminho serão utilizadas, grosso modo e seguindo o olhar jurisprudencialista, as premissas básicas insertas em: HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Volumes I e II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2003. HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro. Estudos de teoria política*. São Paulo: Edições Loyola, 2004. HABERMAS, Jürgen. *Para a reconstrução do materialismo histórico*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Brasiliense, 1983. Sem que se esgote, evidentemente, as problemáticas de referido autor, rico em complexidade, mas apenas para pontuar esse que é um olhar importante para a perspectiva de juridicidade que estamos a desenharmos.

⁵¹⁸ “O fato de que as legitimações convençam ou mereçam a crença depende certamente de motivos empíricos (...). O que é aceito como motivo e como algo capaz de conseguir consenso – e, portanto,

sociais) coloca-se os comportamentos e as práticas sociais como um todo (e em bloco), como que a assentar suas razões por meio de procedimentos específicos da *normatividade* social de algum *consenso*. Aí encontram sua razão de agir, bem como sua legitimidade, toda a plêiade de instituições sociais, normas e comportamentos públicos, desempenhos e instâncias normativas essas que têm como pano de fundo aquele *comportamento discursivo da vontade* social ⁵¹⁹: o grande bloco da normatividade social se vê então reduzido por essa arquitetônica comunicativa bifronte cuja dinâmica própria disponibilizará dois diferentes enredos, como veremos. Novamente o foco de atenção recai na categoria de *legitimidade* mais do que propriamente na de validade normativa, de modo que se teria de repetir aqui a crítica acima direcionada a *Rawls*, sobretudo porquanto agora essa diferenciação ganhe centralidade teórica, embora com um olhar de fato diferenciado ⁵²⁰ – por assim dizer mais dialético – da relação validade/legitimidade ⁵²¹.

de criar motivações – depende do nível de justificação exigido em cada oportunidade.” Mais è frente: “Por “níveis de justificação”, desse modo, entendo as condições formais da aceitabilidade dos fundamentos, que conferem eficácia às legitimações; em suma, que lhes conferem a força de obter consenso e de firmar motivos.” HABERMAS, Jürgen. *Para a reconstrução do materialismo histórico*. Op.Cit., p. 224/225.

⁵¹⁹ Nas palavras do próprio autor: “De um lado, a teoria do direito, fundada no discurso, entende o Estado democrático de direito como a institucionalização de processos e pressupostos comunicacionais necessários para uma formação discursiva da opinião e da vontade, a qual possibilita, por seu turno, o exercício da autonomia política e a criação legítima do direito. De outro lado, a teoria da sociedade fundada na comunicação entende o sistema político estruturado conforme o Estado de direito como um sistema de ação entre outros. Este pode compensar os eventuais problemas de integração na sociedade global, colocando a formação institucionalizada da opinião e da vontade em contato com comunicações públicas informais, pois está inserido nos contextos de um mundo da vida através de uma esfera ancorada numa sociedade civil.” HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Volume II. Op.Cit., p. 181.

⁵²⁰ Conferir, por exemplo, o trabalho *Direito e Moral*, em que se lê: “A realização dentro do prazo de decisões jus-obrigatórias, é possibilitada por um modo de procedimento processualmente fixado, contido, indefinido a nível contencioso. De mais a mais ela tem, necessariamente, de considerar que estes procedimentos ligam decisões com obrigações de fundamentação. Aquilo que é, deste modo, institucionalizado são os discursos jurídicos que, não só operam sob as restrições exteriores do procedimento jurídico, mas também sob as restrições internas da criação argumentativa de razões.” HABERMAS, Jürgen. *Direito e Moral*. Trad. Sandra Lippert. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 32.

⁵²¹ De qualquer maneira, como veremos, é uma muito específica condição histórico-institucional que estará em foco, como que a salientar a opção pela reconstrução da *legitimidade*, não tanto da *validade*. Na seguinte passagem parece ficar claro a peculiaridade do enfoque em questão: “Legitimidade significa que há bons argumentos para que um ordenamento político seja reconhecido como justo e equânime; um ordenamento legítimo merece reconhecimento. Legitimidade significa que um ordenamento político é digno de ser reconhecido. Com essa definição, sublinha-se que a legitimidade é uma exigência de validade contestável; e que é (também) do reconhecimento (pelo menos) factual dessa exigência que depende a estabilidade de um ordenamento de poder. Assim, tanto no plano histórico como no analítico, esse conceito encontra aplicação sobretudo nas situações em que a legitimidade de um ordenamento torna-se objeto de polémica: no qual, como dizemos, surgem problemas de legitimação.” HABERMAS, Jürgen. *Para a reconstrução do materialismo histórico*. Op.Cit., pp. 219/220.

De outro lado, prevalece também aqui um sentido de racionalidade “radicalmente antiplatônico”, não havendo qualquer espécie de expectativa ou de idealidade de um *dever-ser* prévio à comunicação humana: da mesma forma que não se propõe a determinar um fundamento *a priori*, não se admite falar de uma “racionalidade forte” como fonte de normas ou da própria verdade, isto é, procedimentalmente não se aceita que a própria razão possa por si só lançá-las no mundo. O que está em questão é definir “as condições e os processos” (bem como os respectivos “procedimentos”) para uma formatação válida ou legítima da normatividade social, e igualmente da verdade filosófica, o que se faz por meio de uma argumentação estritamente procedimental, ou *discursivo-procedimental* ⁵²². Assim, como deve estar claro, a ideia de *linguagem* como paradigma reflexivo é aqui fulcral, mas principalmente nessa dimensão mais agarrada e cotidiana da comunicação social, sendo essa a grandeza linguística que mais interessa a esse olhar reconstrutiva da sociedades. Mais do que numa perspectiva de linguagem como vínculo social inevitável (como se dá em *Deleuze e Lyotard* – numa visão, por assim dizer, *ontológica* da linguagem), o que de fato importa a essa perspectiva discursivo-procedimental é a comunicação e suas formas de ocorrência institucionalizadas, principalmente aquelas que desembocam na política institucional e na crítica social. Daí a noção de *razão comunicativa* aparecer como verdadeira salvaguarda diante do domínio (ou da colonização) de uma razão estritamente estratégica (a “razão instrumental”), de sorte que na arquitetura em questão cada uma das formas da razão dispõe de um espaço e de uma estrutura própria: assim, a primeira vai alocada no plano da “produção cultural” dos valores e da normatividade comunitária, apresentando maior complexidade e se dinamizando como verdadeiro fruto da cotidianidade social, do próprio *mundo da vida* (*Lebenswelt*), ao passo que a segunda é destituída de tamanha complexidade, bem como do potencial crítico, assentada que está na sistemática do “poder” e do “dinheiro”. Sob esse enfoque, a tensão entre “facticidade” e “validade” se instaura como que internamente à própria linguagem e sua prática comunicativa: é por isso que se fala de uma “transcendência imanente da validade”, a qual vai desde logo

⁵²² Assim dá-se início ao segundo volume do “facticidade e validade”: “A análise das condições da gênese e da legitimação do direito concentrou-se na política legislativa, deixando em segundo plano os processos políticos. É minha teoria do direito descreve essa política como processo que envolve negociações e formas de argumentação. Além disso, a criação legítima do direito depende de condições exigentes, derivadas dos processos e pressupostos da comunicação, onde a razão, que instaura e examina, assume uma figura procedimental.” HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Op.Cit., p. 09.

conhecida e reconhecida no processo de reconstrução reflexiva da dinâmica da linguística, isto é, na análise da própria prática comunicacional. Assim se daria no dia-a-dia da comunicação social, assim também com a *validade do direito*, ancorado porém em sua própria facticidade (no direito positivo), na imanência do *status quo* jurídico, por assim dizer.

Trata-se de projeto que assume como um seu postulado básico de cumprimento – do pensamento moderno – a categoria de *autonomia* então infirmada ante os enlaces das referências religiosas ou simplesmente metafísicas, de modo que lança mão de um olhar cujo horizonte recai sobre o direito qual fosse ele um mero *sistema empírico*, este a dar substancialidade àquele pensamento e seus conceitos filosóficos que por si só se fariam vazios. Com sua análise racional e crítica se firmaria o direito na dualidade, ou como “categoria de mediação” (um *médium*, como repedidas vezes diz *Habermas*), entre facticidade e validade, com o resultado de uma sua reconstrução reflexiva: como que a imprimir de forma imanente um intenção crítica de validade na própria factibilidade instituída, indo-se assim além do “voluntarismo decisório” característico do normativismo jurídico, ainda que também estrutural. Como se sabe, esse muito específico pensamento comunicacional intenta alocar a validade do direito num plano de *legitimação procedimental*, de modo que não se trata de inferir um conteúdo ou alguma forma da validação jurídica (como de certa forma fizera o normativismo), mas estritamente um processo ou procedimento racionalizante, e este como que a receber aquela abertura discursiva: “não existe um direito autônomo sem uma democracia realizada.”⁵²³ A partir daí se desenharia uma filosofia do direito não mais construtiva, como se fizera no caso de *John Rawls*, mas já reconstrutiva, sempre direcionada a um material previamente cimentado. Em suma, tratar-se-ia de passar em vista e com isso reconstruir aquilo que se tem como ordens jurídicas modernas, especificamente as do *Estado-de-Direito*, sob o olhar de legitimação do paradigma procedimental do direito: o resultado seria a superação das eventuais insuficiências dos paradigmas liberal e social de estado, não nos sendo lícito deixar de frisar que há em Habermas, com efeito,

⁵²³ O teor moralizante subjacente à essa “filosofia do direito” vai como que se evidenciando. Referindo à autonomia jurídica: Tal “autonomia não adquire, exclusivamente, só por si, um sistema jurídico. é, meramente, autônoma, na medida em que os procedimentos institucionalizados para a jurisdição e para a legislação, garantem uma formação imparcial, da opinião e da vontade, proporcionando, do mesmo modo, o seu ingresso no direito e na política, nesta via de uma racionalidade moral de procedimento. Não existe um direito autônomo sem uma democracia realizada.” HABERMAS, Jürgen. *Direito e Moral*. Op.Cit., p. 121.

uma percepção mais acurada no que toca a diferenciação categorial entre direito e política⁵²⁴.

Sob esse enfoque geral de reconstrução discursivo-comunicativa da juridicidade (mas não só da juridicidade; perceba-se que o que temos aí é um olhar global), a *norma jurídica* (as normas jurídicas como um todo) passa a ser vislumbrada como uma espécie das “normas gerais de ação”, e estas como normas que afirmam a “autonomia prática”. Diferenciando-se de *Kant* – não obstante a centralidade prática da categoria kantiana de autonomia, como referido –, aqui se distinguem as “regras morais” e as “regras jurídicas”, de modo que estas não derivam – em *Habermas* – de um fundamento ético último, assim sendo em razão de sua postura *pós-convencional* e *pós-metafísica*: com efeito, aqui não há qualquer herança platônica. As normas jurídicas estariam alocadas noutro plano, ou num domínio distinto, como que a se garantir ao direito mais do que uma mera especificidade diante do “fundamento ético”, senão que uma verdadeira autonomia frente à ética e à moral⁵²⁵: não obstante, como já vem sendo frisado, vá ocorrer aquilo que o autor de facticidade e validade chama de entrelaçamento entre direito, política e moral. De qualquer modo, não teríamos aqui uma subordinação do direito à moral, mas espécie de complementaridade prática e institucional, de sorte a referenciar a moral como sistema “simbólico-cultural” e o direito como “sistema de ação” orientado por meio da instância reflexiva e normativa do *princípio da democracia*, garante este último da participação de cada interessado no processo de

⁵²⁴ “Se na modernidade, as normas do direito se reduzissem apenas a ordens do legislador político, o direito dissolver-se-ia em política. Isso, porém, implicaria a dissolução do próprio conceito do político. De qualquer modo, sob esta premissa, o poder político não poderia mais ser entendido como poder legitimado pelo direito; pois um direito posto inteiramente à disposição da política perderia sua força legitimadora. No momento em que a legitimação é apresentada como uma realização própria da política, nós abandonamos nossos conceitos de direito e de política. A mesma conclusão se impõe, quando analisamos uma outra posição, segundo a qual o direito positivo poderia manter sua normatividade por conta própria, isto é, através das realizações dogmáticas de uma justiça fiel à lei, porém independentemente da política e da moral. A partir do momento em que a validade do direito é desligada das aspectos da justiça, que ultrapassa as decisões do legislador, a identidade do direito torna-se extremamente difusa. Pois, neste caso, desaparecem os pontos de vista legitimadores, sob os quais o sistema jurídico poderia ser configurado para manter determinada estrutura do *medium* do direito.” HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Op.Cit., p. 237.

⁵²⁵ Como pontua Castanheira Neves: “Distinção entre o direito, as regras jurídicas, e a moral, as regras morais, que se manifestaria ainda no conteúdo (as regras morais orientar-se-iam deontologicamente e visariam a universalidade prática e não uma particular comunidade concreta), no sentido de validade (as normas morais, ao contrário das regras jurídicas, não refeririam esse sentido à aceitação e ao compromisso sociais) e no modus do processo legislativo (que juridicamente se caracterizaria pela contingência desse processo, dependente de acordos racionais, com grande peso de momentos contratuais e volitivos) a apontar diferentemente a esses dois domínios.” CASTANHEIRA NEVES, A. *A crise da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia*. Op.Cit., p. 119.

construção jurídica. Diferenciando-se, com isso, ante o “princípio moral”, este a operar como que no nível de uma constituição interna dos diferentes jogos argumentativos, ao passo que aquele se disporia externamente na institucionalização – como que estabilizada discursivamente – prática daquela mesma participação, cuja legitimidade adviria do encontro da “forma jurídica” com o famigerado “princípio do discurso”: não seria outro senão esse princípio o responsável pela reconstrução da legitimidade/validade do direito positivo, então pensado racionalmente e em sua própria facticidade⁵²⁶. Não se devendo perder de vista que nessa estrutura o resultado implícito da “legitimação a partir da legalidade” se explica com a garantia do exercício da autonomia política (pela “soberania popular”) pelos cidadãos e seus direitos subjetivos, espaço em que se incorreria à crítica reflexiva.

Há como que uma relação de continuidade entre o “direito objetivo” e a garantia de “direitos subjetivos”, fazendo com que o processo legislativo não se distancie da crítica social ou as expectativas da prática comum, como que a aproximar a legitimidade do poder à “força integrante da ação comunicativa”: de seu turno, esta igualmente se realiza na medida em que se lhe garante referido direito. De outro lado, e na mesma toada do enlace estrutural das inferências comunicativo-rationais que se assume com o “princípio do discurso” – central, percebe-se, para toda a arquitetura em tela –, também a autonomia privada dos direitos e liberdades individuais, alocadas a princípios na instância estrita da sociabilidade, e a autonomia pública, esta por sua vez referida na dinâmica de manifestação legal, como que se veriam reunificadas. E se essa seria a reconstrução do direito em geral, temos de pontuar uma última nota acerca da reconstrução do Estado-de-Direito: e isso porque a legitimidade do poder de domínio político é aí vislumbrada diferenciadamente em relação à legitimidade da criação jurídica de direitos, embora deva ser percebida a conexão interna entre direito e poder po-

⁵²⁶ “E daí tem-se de concluir não apenas que “o princípio da democracia só pode manifestar-se como o núcleo de um sistema de direitos – nas ordens jurídicas democráticas “o direito é criação jurídica politicamente autônoma concretiza-se afinal em direitos fundamentais que sustentam pretensões iguais à participação no processo democrático de legislação”, sendo certo, de novo se diga, que o direito recebe o seu pleno sentido normativo não por se através da sua forma, não também através de um conteúdo moral dado a priori, mas através de um processo de criação jurídica, que gera legitimidade. Como ainda que o médium-direito, como tal, pressupõe direitos que definam o status das pessoas jurídicas como titulares de direitos – e não possa afinal “haver nenhum direito legítimo sem estes direitos (...) com o sistema dos direitos ter-nos-íamos assegurado dos pressupostos dos quais os membros de uma moderna comunidade de direito deveriam partir se quisessem considerar legítimas as suas ordens sem as sustentarem em fundamentos religiosos ou metafísicos. E então o direito enquanto tal, compreendido que seja sob o aspecto da sua própria função de estabilização de expectativas, vem a conceber-se “como um sistema de direitos””. Ibidem, p. 122.

lítico: há, modernamente, como diz *Habermas*, espécie de simbiose entre direito e poder. Certamente que não se trata de uma qualquer conexão, mas de uma tal que reconheça o vínculo interno e constitutivo que remete o poder ao direito e assim aos direitos, salientando-se a abertura que conecta o sentido material do poder político do Estado-de-Direito: dessarte, o poder e suas diligências passariam a ser atingidos e operados tal qual *decorrências* como que já insertas nos próprios direitos subjetivos ⁵²⁷. Daí que se passe a falar numa passagem, ou continuidade, dessa dimensão de direitos ao domínio do poder organizado, como que a imprimir uma forma jurídico no exercício político de modo a vinculá-lo a um dito *direito legítimo*. Esse o movimento que tenciona a continuidade entre facticidade e validade no intento de reconstrução do Estado-de-Direito, legitimando-o como que no calibre de um sentido material, embora sob as vestes de uma estrita processualidade: em sua ideia e seus princípios.

Se a *ideia* de Estado-de-Direito frisa não se tratar de mera “forma de direito”, mas de verdadeiro projeto calcado em “leis legítimas” – um direito legítimo, isto é, racional-discursivamente empreendido –, os seus *princípios* – “a diferenciarem-se no princípio da soberania democrática ou princípio democrático, da separação do Estado e da sociedade, da legalidade da administração, da tutela jurídica por uma jurisdição independente, da vinculação da jurisdição ao direito” – se disporiam como que numa estruturação do poder político, sem que se desconsidere a máxima da separação dos poderes. Por certo que essa estruturação como um todo é, sob esse o enfoque da filosofia prática em questão, atingido pela empreitada discursivo-comunicativa que tanto diferencia racionalmente as funções dos poderes legislativo, judiciário e executivo, quanto também aqueles princípios por tal lógica se veriam formatados, como se o “princípio do discurso” atingisse toda reconstituição (por meio de uma nova fundamentação) do Estado-de-Direito ⁵²⁸. O sentido do direito que então se alcançaria, no âmbito mesmo

⁵²⁷ “Face às decisões políticas importantes para toda a sociedade, o Estado tem que estar em condições de captar interesses públicos e eventualmente impô-los. Mesmo nos casos em que ele aparece como um conselheiro inteligente ou como um supervisor que coloca à disposição um direito procedimental, a normatização do direito tem que continuar referida, de modo transparente, controlável e reconstituível, aos programas do legislador. Não existem receitas capazes de levar a isso. E, para impedir, em última instância, que um poder ilegítimo se torne independente e coloque em risco a liberdade, não temos outra coisa a não ser uma esfera pública desconfiada, móvel, desperta e informada, que exerce influência no complexo parlamentar e insiste *nas condições da gênese do direito legítimo*.” HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Op.Cit., p. 185.

⁵²⁸ “Com isso, atingimos o núcleo do paradigma procedimentalista do direito, pois a “combinação universal e a mediação recíproca entre a soberania do povo institucionalizada juridicamente e a não-institucionalizada” são a chave para se entender a gênese democrática d direito. o substrato social, ne-

da sua facticidade, vai implicado na intenção de legitimidade/validade que igualmente culmina na implicação democrática – como “princípio da democracia” – que encontra termo no olhar racionalizado da comunicação daqueles que são tidos como titulares e partícipes (porque destinatários) tanto dessa democracia como da juridicidade nela implicada. É nesses termos que se chegaria, afinal, à visão *reconstrutiva* de uma filosofia do direito como rigorosamente *procedimental*, mas sem que se deixe de aproximar, finalmente, da moral, esta também ora procedimentalizada e como que a funcionar de *alter ego* da normatividade jurídica ⁵²⁹: esse intento reconstrutivo visaria, ademais, uma legitimidade/validade a partir da uma racionalização discursiva do direito existente numa profusão crítica que buscaria realocar direito e *Lebenswelt*, como que a recuperá-lo do seu abandono regulatório (e de *controle*) e da funcionalização estratégica.

Como se percebe, não obstante o intento de validade crítica que se espraia juridicamente a partir do “princípio do discurso”, e como que a realimentar o influxo cultural e material do vazio sistêmico, não é possível que se perceba aí resolvido o problema da validade do direito, isto é, do direito *qua tale*, tampouco de seu sentido. Na toada procedimentalista do discurso comunicativo não vai referido qualquer fundamento material por meio do qual se pudesse assumir uma validade efetivamente crítica ao direito (como aquele *contra-poder*), antes se reduzindo no “princípio da democracia” como caminho a se sobrepujar o direito natural racional. A intenção que se exprime nessa arquitetônica visa solucionar o problema da legitimidade do direito positivo, e portanto da legalidade e da demais instituições jurídicas, por meio do enfoque discursivo e respectiva racionalidade: dessa forma, a legitimidade estaria garantida se

cessário para a realização do sistema dos direitos, não é formado pelas forças de uma sociedade de mercado operante espontaneamente, nem pelas medidas de um Estado do bem-estar que age intencionalmente, mas pelos fluxos comunicacionais e pelas influências públicas que procedem da sociedade civil e da esfera pública política, os quais são transformados em poder comunicativo pelos processos democráticos.” HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Op.Cit., p. 186.

⁵²⁹ “Só assim estaríamos, com efeito, perante uma filosofia do direito *reconstrutiva* (não construtiva) rigorosamente *procedimental* (sem compromissos materiais ou pressupostas dimensões substantivas) na sua intencionalidade apenas auto-racionalmente fundamentante. Ponto que não seria contrariado ao dizer-se também que o direito procedimentalizado e a fundamentação moral dos princípios se remetem uma à outra, uma vez que igualmente em termos apenas procedimentais se deveria compreender afinal a moral: “a moral já não flutua, como o sugeria a construção do direito racional, como um conjunto de normas sobre o direito; peregrina antes para o direito positivo, sem se esgotar nele. A moralidade que não só defronta o direito, mas também se fixa no próprio direito, é de natureza puramente procedimental; ela mesma libertou-se de todo o conteúdo normativo determinado e sublima-se num processo de fundamentação e aplicação de conteúdos normativos possíveis. E assim podem o direito procedimental e a moral procedimentalizada controlar-se mutuamente”.” CASTANHEIRA NEVES, A. A crise actual da filosofia do direito no contexto global da crise da filosofia. Op.Cit., p. 126.

aqueles institutos jurídicos, suas decisões e afins, fossem como enfronhados por uma tal racionalidade, abrindo-se mão de qualquer fundamentação metafísica ou simplesmente heterônoma, uma vez que o próprio procedimento dela daria conta. Devendo ser ora frisado o fato de que o procedimentalismo em análise não se aceitar tal qual um “procedimentalismo puro”, cuja dinâmica infere que o justo (a justiça) se aloca no próprio “processo equitativo”, haja vista não haver critério prévio para tanto, de modo que sendo o procedimento já por si só considerado como justo, também a decisão final o seria – como vimos em *John Rawls*. Ademais, a tensão que se estabelece entra facticidade e validade abre vazão a uma intencionalidade normativamente determinante – como verdadeiro trabalho de filosofia, mas de uma suposta *filosofia pós-metafísica* – assumida num último critério material, qual seja o consenso e o vínculo de interesse geral que aí se forma: aí também a diferença, percebe-se, frente à “legitimação pelo procedimento”, de *Niklas Luhmann*, com ela se encontrando apenas no campo de afastamento de um *Grund* ou pressuposto último que supostamente determinasse o procedimento.

Essa tentativa de alheamento do *Grund*, de fato cara à filosofia que se pretenda pós-metafísica, parece porém inglória, podendo-se mesmo inferir espécie de *Grundnorm* moralizante desse procedimentalismo comunicativo⁵³⁰: dizer que a dinâmica discursiva prescinde de qualquer heteronomia metafísica implica o ônus de demonstrá-la praticamente, acontece que não é possível que *Habermas* negue a exigência de um *design inicial* e prévio à comunicação, qual seja a contradita exigência de uma “condição ideal de fala”. Daí que *Martin Kriele* tenha percebido o ultimato aí inserto: de modo que cada um que afinal se apresente com o “rosto humano” tem igualmente a mesma intenção de liberdade e de dignidade, sendo isso uma *premissa* ou *pressuposto* do procedimento comunicativo, mas não um seu resultado imanente⁵³¹. Diante do que não é difícil que se conclua – antes se faz forçoso uma terminação nesse sentido – que

⁵³⁰ Daí que Karl-Otto Apel tenha insistido tanto na pressuposição (como um *a priori*) da comunidade de comunicação, bem como de que nela vai implícito o pressuposto de um “reconhecimento recíproco” entre seus falantes, espécie de *ética mínima* intersubjetivamente infungível. Sobre isso, conferir: APEL, Karl-Otto. *Transformação da filosofia. O a priori da comunidade de comunicação*. São Paulo: Edições Loyola, 2000, pp. 353 e seguintes.

⁵³¹ “Sie ruht vielmehr auf dem vorausgesetzten Grundprinzip: Jeder, der Menschenantlitz trägt, hat gleichen Anspruch auf Freiheit und Würde. Dieser Satz ist nicht Ergebnis, sondern *Prämisse* des rationalen Diskurses. (...) Der universale Diskurs muß nach alledem als ein >>idealer Diskurs<< gedacht werden, d.h. als ein solcher, in dem der Grundsatz des gleichen Anspruchs eines jeden auf Freiheit und Menschenwürde schon *vorausgesetzt* ist.” KRIELE, Martin. *Recht und praktische Vernunft*. Op.Cit., p. 57.

o procedimento de racionalidade comunicacional, pretensamente histórico e pós-metafísico, somente se instala como *modus legitimante* se se pressupõe condições axiológicas moralizantes infungíveis e de propulsão normativa que não exsurgem da imanência procedimental, mas se lhe afirmam previamente, como verdadeiro *a priori* normativo. De modo que, sendo nossa intenção questionar ou interrogar pela validade ou mesmo legitimidade desse *a priori*, por certo que não é o próprio procedimento que nos esclarecerá, devendo a resposta ser perquirida noutro lugar⁵³². Acresça-se ainda que o grau de criticidade da validade imanente à facticidade em questão (uma muito específica facticidade, perceba-se) ter-se-ia de considerá-la em razão da contingência da positividade institucional um tanto enfraquecida, haja vista que a reconstrução proposta se encaminha como que a manutenção dessa mesma institucionalidade. Não é por outro motivo que a referência à validade/facticidade tem condão, em tese, para uma reconstrução crítico-discursiva de um muito específico direito, o “direito vigente”, mas já não o direito *qua tale* a que tanto chamamos atenção – e ao qual por certo mais acorre ao jurista compreender. Com o que se evidencia não ser tanto a validade jurídica – como problema do direito – a questão que aí desponta central, tampouco secundária, antes fugindo ao “direito do direito” (o direito como direito) em prol, diríamos, de *um direito* qualquer: com isso, todavia, não se atinge a intencionalidade própria à *filosofia*, restando a “teoria” num grau hipotético com efeito distante de uma filosofia do direito.

Não se perca de vista que o alicerce último dessa muito específica facticidade, o encontramos no dito *consenso*, não como ordem de necessidade transcendental e constitutiva, tampouco como um pressuposto ou fundamento inevitável daquela imanência, mas como espécie de *consequência* institucional. Ocorre que nem sempre se

⁵³² Nesse sentido: “Depois, não há nelas qualquer evidência ou necessidade, pois basta considerar que todo o actual pensamento antimodernidade não só não vê qualquer evidência nessas condições-fundamentos, na liberdade e autonomia tal como a modernidade as postulou, com as tem realmente por utópicas e história-comunicatariamente muito problemáticas. Não será por isso lícito concluir que a legitimidade do procedimento (sempre discursivo-comunicativo) para produzir validade/legitimidade é ela própria uma legitimidade hipotética a exigir legitimação?” CASTANHEIRA NEVES, A. *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia*. Op.Cit., p. 132. Não é sem razão que na página lê-se: “O procedimento discursivo-comunicativo de legitimação não é assim adequado para responder ao problema filosófico do sentido do direito como direito, do problema desse sentido da sua universalidade. Trata-se de um procedimentalismo que nem mesmo considera a validade/legitimidade de um *qualquer direito*, mas apenas o direito segundo um certo “paradigma” historicamente condicionado, e portanto nem sequer numa sua virtual generalidade. Não será, pois, assim que fica verdadeiramente pensado o sentido universal do direito, porquanto parte-se de uma facticidade de direito e postula-se desse modo que seja ela direito sem se perguntar porque é esse direito *direito* – sem se perguntar-, repita-se, qual o sentido universal de direito que permitirá reconhecer aquela facticidade como de direito, como uma concretização particular do sentido universal do direito.”

fará viável um tal consenso: o diferendo, ademais, não nos deixa esquecer a ausência de qualquer *critério transcendental* (necessário) nas sociedades exponencialmente complexificadas. Trata-se, afinal, de uma teoria do consenso: teoria essa que se vê enfraquecida ao tentar como que deduzir o direito e a ética da suposta conjunção dos interesses individuais calculados, de sorte a se diferenciar quase nada da *teoria utilitarista*⁵³³. Mesmo sua racionalidade não deixa de manifestar uma evidente precariedade, na medida em que depende do consentimento dos partícipes para que então seja aceito, decorrendo uma consequência por certo interessante: o fundamento prático desse consenso não é outro senão a vontade daqueles que o aceitam, e não uma suposta racionalidade intrínseca. Acontece que a *vontade social* não é estanque, antes corre solta ao sabor do tempo, do devir que lhe toca e qualquer outra inferência da história (ela está em movimento, em suma), não havendo qualquer motivo para se lhe manter como que abocanhada por uma sua particular emergência. Em último termo, teríamos aí uma tentativa de redução da validade à manifestações empíricas, uma vez que o consenso não se firma como constituição de alguma validade, mas simples manifestação racional de vontades, como se tratasse-se tão só de *reconhecê-lo efetivamente* constituído, o que se faria sob um olhar sociologicamente referenciado: “sabe-se quanto é inaceitável a “teoria do reconhecimento” com esse sentido, para justificar a validade jurídica: a *empíria* e a validade não estão no mesmo plano, o primeiro é um *facto*, a segundo é uma *normatividade*, pelo que não pode inferir-se esta daquela – a “falácia naturalística” continua aqui insuperável, a menos que no *facto* vá já imanente um qualquer valor, uma qualquer *nomos*, mas então o *facto* deixa de ser *facto*, tal como o não era a “natureza” de qualquer *jusnaturalismo*.” Há, com efeito e finalmente, uma pressuposição axiológica, bem como uma normatividade prévia a concluir que o consenso somente atingirá sentido vinculante porque apreendido *a posteriori* enlace do *a priori* de uma comunidade de comunicação, na qual afinal se aloca aquela pressuposição.

⁵³³ É o que nos ensina perceber mais uma vez Martin Kriele: “Die Schwäche des Konsens- und Vetoprinzips wurzelt in dem Versuch, Recht und Ethik aus der Summe langfristig kalkulierter Individualinteressen abzuleiten. Die Konsentstheorie ist letztlich nur eine Variante des utilitaristischen, d.h. auf Interessenklkül beruhenden Rationalismus, die sich in den verschiedenen Vertragstheorie des Staates niederschlug.” E páginas à frente: “Der Konsens wäre aber unter dieser Prämisse auch ein solcher über ein universal Interesse, nämlich des vorausgesetzten gemeinsamen Interesses ans der Geltung des sittlichen Grundprinzips >>jeder hat gleichen Anspruch auf Freiheit und Würde<<. Wenn wir in der fortschreitenden Abstraktionsstufe hinaufsteigen, begegnet sich die Idee des universalen Konsens durch universalen Diskurs, die dem individualistischen Utilitarismus entstammt, mit der klassischen Idee vernünftiger und gerechter Rechtsgeltung.” KRIELE, Martin. *Recht und praktische Vernunft*. Op.Cit., p. 55 e 61.

Ao fim e ao cabo como que analisamos, em que pese às grossas linhas, duas grandes arquitetônicas engendradas para o enfrentamento da temática da justiça e seu sentido normativo na atualidade das sociedades hiper-complexas, ambas de cunho procedimentalista, a primeira envidada num feitiço construtiva (com *John Rawls*) e a segunda, diferentemente, reconstrutiva (com *Habermas*). As duas enfronham por certo a realização do direito, todavia em tecido que em verdade não o apreende *qua tale*: enquanto a primeira empreende projeto que subsume a paisagem jurídica sob uma estrita funcionalização política, não sendo aí o direito outra coisa senão mera “função política”, a segunda como que vai além e de fato ostenta conferir à juridicidade um seu sentido autônomo de direito, no entanto disposto numa específica institucionalização e respectiva normativa ordem jurídico-democrática, de certa forma ignorando, não obstante a relevância histórico-institucional, sua contingência ante o “direito como direito”⁵³⁴. De modo que não nos é trabalhoso intuir, mormente em razão do caminho que até aqui percorremos, que não encontramos aí uma verdade preocupação (um seu questionamento) com o direito, alheando-se da universalidade problemática que lhe toca: o procedimentalismo, afinal, não pode – como já se antevia desde o início – ser abonado qual à instância de uma “filosofia do direito”. A esta cabe, perquirindo outro formato arquitetônico, indagar aquela uma *universalidade problemática*, bem como identificá-la no intento de lhe disponibilizar novos direcionamentos normativos: sem que possamos esquecer que se a *resposta-direito* não é por si só uma resposta universal ou necessária, haja vista as ditas “alternativas ao direito”, o direito como problema, e portanto como questão do pensamento jurídico, esse certamente que tem uma universalidade indelével, cabendo à filosofia do direito perscrutá-la.

⁵³⁴ Embora aparente mero “jogo de palavras”, mas certamente a significar mais do que isso, é de lembrarmos, rapidamente, da força que vem galgando a radical crítica como que pós-moderna, haja vista suas influências teórico-filosóficas, o dito *Critical Legal Studies Movement*, de origem norte-americana, em que às ideias de “construtivismo” e “reconstrutivismo” se vê opor a noção *desconstrutivismo* como crítica radial ao tradicional conceito de juridicidade. Para um estudo pontual dessa que é uma escola que sem dúvida teremos ainda de estudar e levar à sério, conferir: MANGABEIRA UNGER, Roberto. *The Critical Legal Studies Movement*. Harvard Law Review, 96 Hrv. L. Ver. 561, 1983. KENNEDY, Duncan. *A critique of adjudication. {fin de siècle}*. Harvard University Press, 1997. KENNEDY, Duncan. *Izquierda y Derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2010.

4. Considerações finais: *ou, derradeiras interrogações, uma vez que o pensamento jurídico se realiza em aberto.*

Uma vez que assim optamos, qual espécie de pensamento que se assume sem síntese final e como que a escapar do “fechamento da unidade” – na esteira do que aprendemos com *Wolfgang Iser* –, já de início dizíamos que este trabalho não endossaria qualquer pretensão conclusão, sobretudo porquanto o caminho do pensamento e, pois, da *filosofia* – e, por conseguinte, do *Direito* – está no próprio questionamento. Daí que nossas últimas palavras tenham de ser apreciadas antes como perguntas finais, a fim de que com isso se mantenha em aberto a realidade jurídica da mesma forma como aberto está o nosso acesso ao mundo, incessantemente renovado quando indagado, mormente porque dele não se dispõe sem mais com singelos trabalhos políticos ou econômicos, e hoje tampouco cognitivistas⁵³⁵. O direito como “continuidade de descontinuidades”, e portanto como um *dever* que não tem termo senão na questão que se lhe põe a resolver, cuja dinâmica reflexiva não cansa porém de resgatar guarda com efeito algumas problemáticas que merecem aqui um derradeiro confronto, não obstante num formato de perplexidade e estranhamento, senão verdadeiro espanto. E isso que está hoje a nos comover, incitando-nos a pergunta, é por certo esse “ruir de referentes” que nos lançava em vértice o sentido de nossa existência: o que nos atinge, portanto, é a consciência de estarmos a caminhar um caminho sem cores, como que a viver o perigo de um vazio espiritual latente que ameaça se nos infligir sem assunção de responsabilidades quaisquer, e ao de tal forma nos atingir nos impõe, *uno acto*, a *pergunta pelo sentido*. Remetidos ao originário o que disso se desenrola desemboca ou na resultada de um novo princípio ou, ausente o olhar crítico referido por *Jasper*, a consumação do fim⁵³⁶: para lá da ingênua tranquilidade acadêmica, é o caso de uma *situação-limite*

⁵³⁵ Como lembra *Karl Jasper*: “Os homens acreditam que compreendem sua própria existência realisticamente, seja em termos de fatos econômicos, ou de ação diplomática e política., dos diversos sistemas sociais, dos princípios espirituais, etc. Ao declararem certas conexões como superestruturas secundárias, os homens são pegos numa consciência de realidade que prontamente se decompõe à luz do conhecimento crítico. Todos estes objetos de investigação são fatores indubitáveis; mas, mais uma vez, a realidade “autêntica” não pode ser com eles encontrada, sena onde for. Nem os objetos investigáveis nem a soma total ou outro qualquer arranjo deles abarcam nunca a totalidade.” JASPER, Karl. *Filosofia da Existência*. Trad. Marco Aurélio de Moura Santos. Rio de Janeiro: Imago Editora, 1973, p. 77.

⁵³⁶ “Dans les situations-limites, on rencontre le néant, ou bien on pressent, malgré la réalité évanescence du monde et au-dessus d’elle, ce qui est véritablement. Le désespoir lui-même, du fait qu’il peut se produire dans le monde, nous désigne ce qui se trouve au-delà. (...) Autrement dit: l’homme veut

(*Ursituation*) o que ora nos convoca, sem que possamos fazer corroborar nossas palavras àquelas atitudes, ambas extremadas e egoísticas, de uma total entrega agônica ao destino ou de uma inebriez voluntarista do *utopismo*⁵³⁷.

Parece-nos, deveras, alocar-se noutro enredo a correta postura perante a problemática situação – essa *Ursituation* – com a qual nos defrontamos, de sorte a se dispor premente a sua exata compreensão, a fim de retirarmos de suas negatividades também suas positivities. Como se nos fosse ora forçoso surpreender essa realidade com “olhares dialéticos”, afeitos, pois, ao *pathos* de crise que então nos faz sentir o mundo (o mundo desta *hora* que nos toca) e nisso nos prima de fazer uma *crítica refundante*, senão aquilo a que acima chamamos de *neocrítica* prenhe também de uma nova estética, tal qual uma “utopia concreta”, parafraseando *Ernest Bloch*. Não é por outro motivo que se exige atualmente do homem uma autorreflexão, haja vista aí se concretiza sua liberdade, quiçá sua própria humanidade como auto-determinação responsabilizante: aqui, novamente, o caminhar da reflexão filosófica. Com o que se evidencia, ademais, não estar a filosofia superada nessa nossa atualidade digital, antes o que se presencia é uma sua justificação para o nosso tempo, frisada a sua urgência e insubstituibilidade, mormente, por certo, no que concerne a juridicidade. Se *Lyotard* ensina que *está na hora de filosofar*, mais claro se o compreender quando pensamos em termos normativos: a digitalidade dessa nossa época não é assim sem mais ignorada, percebase, mas verdadeiramente assumida em sua dialética, de sorte que se a filosofia ainda hoje tem algum sentido no mundo social – frente aos enredos funcionalizantes a que tanto chamamos atenção – é no direito que ela encontrará o seu território privilegiado.

Dessarte, para terminamos com aquele que de certa forma foi aqui como que o nosso *guia reflexivo* – *Castanheira Neves* –, impõe-se ter presente com tudo o que se

être sauvé. Le salut lui est offert par lês grandes religions universelles qui ont pour signe distinctif d’offrir une garantie objective de la vérité et de la réalité du salut. Leur voie, c’est celle ou s’accomplit l’acte individuel de la conversion. Cela, la philosophie ne peut pas le donner. Et pourtant, philosopher, c’est toujours vaincre le monde, c’est quelque chose d’analogue au salut.” JASPER, Karl. *Introduction a la philosophie*. Traduit de l’allemand par Jeanne Hersch. Paris: Plon, 1952, p. 24.

⁵³⁷ Ocorre que, também o “direito como direito” pode nos conduzir a uma nova utopia, uma “*utopia prática*”, esta realizada em concreto, como “continuum de descontinuidades” que visa o *justo jurídico*, uma vez que não ignora o “*direito em diferendo*”, como parece ter notado, aliás, *Paulo Ferreira da Cunha*: “Poucas leis, ou até uma só lei. A utopia substitui o impulso, o *fiat* inicial da divindade. Como relojoeiro de um novo mundo, o utopista gostaria de pôr em acção a engrenagem com um só toque. Vêmo-lo com aléu desferir a primeira carambola no bilhar dos possíveis... e o resto seria o <<autónomo>> (n verdade pré-determinado) *ballet* da música das esferas.” DA CUNHA, Paulo Ferreira. *Constituição, Direito e Utopia. Do jurídico-constitucional nas utopias políticas*. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 168.

disse, nomeadamente no que tange o intento de uma reabilitação da filosofia por meio da juridicidade e uma hoje viável *reescrita* da “teoria” do direito, que “é a hora de re- por os problemas radicalmente capitais e tentar para eles uma resposta – a resposta ho- je possível.” Nessa esteira, para que se veja afinal cumprido esse que é o fado da “filo- sofia do direito”, caber-lhe-á regressar ao dito *originarium* que abre o veio de possibi- lidade e de sentido e a esse perguntar a que nos estamos referindo: um perguntar que, sob esse olhar reflexivo, se disponibiliza em três frentes, não obstante entre si conecta- das por uma dialética própria (a *dialética jurídica*), quais sejam o “*por quê*”, o “*para quê*” e o “*quê*” do direito. Com isso se perceberá estarmos diante de uma ocorrência (o “devir-direito”) que se nos apresenta privilegiada, quando nela se aposta, uma vez que ante à sociabilidade então aflorará qual uma *resposta possível* a um *problema ne- cessário* para firmar uma crítica de ordem axiológico-normativa (como *validade*) autô- noma que organiza sua intencionalidade – como “pulsão ao justo”, agora parafrasean- do mais uma vez *Alexander Kojève* –, bem como sua normatividade a partir do *ethos* fundamental de determinada cultura numa específica época. Por certo que não se está a ignorar ou alhear a historicidade que lhe ocorre inevitável, tampouco sua disposição à responsabilidade humano-comunitária, todavia esclarecendo quanto à contingência que igualmente se lhe faz inevitável: de modo tal que as positivities que intentem enredar a juridicidade o farão somente de forma pontual, isto é, a depender da *episteme prática* que lhe perpassa a cada novo momento social. “Pelo que a exclusão da necessidade on- tológica no domínio da práxis – que temos de reconhecer como consequência e heran- ça excessivamente gregas da compreensão da mesma práxis – não nos condena à mera contingência político-social, no domínio do práctico jurídico. A posição exacta é a de um *tertium genus* dado numa transcendental autopressuposição axiológica-normativa fundamentante e regulativamente constitutiva.”⁵³⁸

Bibliografia.

⁵³⁸ E finalmente: “Atrever-me-ei a dizer este o programa hoje da filosofia do direito? É que o di- reito não é tudo na realidade humana, mas é uma dimensão capital, e irrenunciável, da humanidade do homem: *por quê*, *para quê* e com que fundamento se manifesta humanamente essa específica, autono- mamente específica, dimensão humana? O homem não necessita ser pensado para o ser, mas só pensan- do-se o homem a si mesmo se assume como homem – que a filosofia do direito concorra para esse pen- sar-se o homem na sua humanidade.” CASTANHEIRA NEVES, A. *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia*. Op.Cit., p. 147.

ADORNO, Theodor. *Dialética Negativa*. Trad. Marco Antonio Casanova. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2009.

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2002.

ALEXY, Robert. *Conceito e Validade do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

AMSELEK, Paul. *Méthode phénoménologique et théorie du droit*. Paris: LGDJ, 1964.

APEL, Karl-Otto. *Transformação da filosofia I. filosofia analítica, semiótica, hermenêutica*. São Paulo: Edições Loyola, 2000.

ARON, Raymond, *As etapas do pensamento sociológico*. São Paulo: Martins Fontes, 1982.

AROSO LINHARES, José Manuel. *O dito do direito e o dizer da justiça*. In. Entre discursos e Culturas Jurídicas. Coimbra: Coimbra, 2006.

AROSO LINHARES, J. *Entre a reescrita pós-moderna da modernidade e o tratamento narrativo da diferença ou a prova como um exercício de <<passagem>> nos limites da juridicidade. Imagens a reflexos pré-metodológicos deste percurso*. Coimbra: Coimbra, 2001.

AROSO LINHARES, J. *A diferença como <<diferendo>> e interdiscurso...* Op.Cit., p. 265.

AROSO LINHARES, José Manuel. *A representação metanormativa do(s) discurso(s) do juiz: o “testemunho” crítico de um “diferendo”?* Disponível em: <http://revistas.ulusofona.pt/index.php/rhumanidades/article/viewFile/994/815>.

AROSO LINHARES, J. *Jurisprudencialismo: uma resposta possível em tempos de pluralidade e diferença?*, pp. 02 e seguintes. Nesse trabalho encontra-se bem desenhada a instauração do diferendo no âmbito do pensamento jurídico. Sua leitura pode ser feita em: <http://pt.scribd.com/doc/62843629/JOSE-MANUEL-AROSO-LINHARES-Jurisprudencialismo-uma-resposta-possivel-num-tempo-de-pluralidade-e-de-diferenca>.

AROSOLINHARES, J. *Introdução ao pensamento jurídico contemporâneo*. Polí-copiada.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito. Introdução e teoria geral*. Coimbra: Al-medina, 2005.

ASSIER-ANDRIEU, Louis. *O direito nas sociedades humanas*. Trad. Maria Erman-tina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

BALKIN, Jack and LEVISON, Sanford, *Law, Music and Other Performing Arts*. (1991), University of Pennsylvania. Law Review, vol. 139, 1991, disponível em: <http://www.yale.edu/lawweb/jbalkin/writings.htm>

BALKIN, J.M. and LEVNSON, Sanford. *The Canons of constitutional law*. HARVARD LAW REVIEW [Vol. 111:96], p. 980. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/55296719/00-00-01-98-00-00-Balkin-JM-and-Levinson-S-The-Canons-of-Constitutional-Law-Harvard-Law-Review-111-963-1998>.

BAPTISTA PEREIRA, Miguel. *Modernidade e Tempo: para uma leitura do discurs-so moderno*. Coimbra: Maiêutica, 1990.

BAUDELAIRE, Charles. *Sobre a modernidade*. Trad. Teixeira Coelho. Rio de janei-ro: Paz e Terra, 1996.

BAUDELAIRE, Charles. *A invenção da modernidade*. Portugal: Relógio D'Água, 2006.

BAUDRILLARD, Jean. *A ilusão vital*. Trad. Luciano Trigo. Rio de Janeiro: Civili-zação Brasileira, 2001.

BERGSON, Henri. *O Pensamento e o Movente*. Martins Fontes: São Paulo, 2006.

BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. Trad. Karine Janinni. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BIENVENU, Jean-Jacques. *Supraconstitucionalité et systematicité Du droit*. In. *Archives de Philosophie du Droit*, tome 31, 1986.

BITTAR, Eduardo. *Linguagem Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2008.

BITTAR, Eduardo. *O Direito na Pós-modernidade*. Rio de janeiro: Forense Univer-sitária, 2005.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função. Novos estudos de teoria do direito*. São Paulo: Manoloe, 2007.

BOBBIO, Norberto. *Ser e dever ser na ciência jurídica*. In. *Direito e Poder*. São Paulo: Editora Unesp, 2007.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função. Novos estudos de teoria do direito*. Trad. Daniela Beccacia Versiani. São Paulo: Manole, 2007.

BOBBIO, Norberto. *Direito e Poder*. São Paulo: Unesp, 2008.

BRONZE, Fernando. *Lições de Introdução ao direito*. Coimbra: Coimbra, 2006.

BRONZE, Fernando Pinto. *A metodonomologia entre a semelhança e a diferença – reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico*. Coimbra: Coimbra, 1994.

BUSSE, Dietrich. *Interpreting law: text understanding – text application – working with texts*. Disponível em: <http://www.phil-fak.uni-duesseldorf.de/fileadmin/Redaktion/Institute/Germanistik/AbteilungI/Busse/Texte/Busse-2008-05-ur.pdf>

BUSSE, Dietrich. *Textsorten des Bereichs Rechtswesen und Justiz*. p. 07. Disponível em: <http://www.phil-fak.uni-duesseldorf.de/fileadmin/Redaktion/Institute/Germanistik/AbteilungI/Busse/Texte/Busse-2000-02.pdf>

CAPPELLINI, Paolo. *Storie di concetti giuridici*. G. Giappichelli Editore: Torino, 2010.

CAPRA, Fritjof. *As conexões ocultas. Ciência para uma vida sustentável*. São Paulo: Editora Cultrix, 2002.

CARBONNIER, Jean. *Essais sur les lois*. France: Defrenóis, 1979.

CARBONNIER, Jean. *Sociologia Jurídica*. Coimbra: Almedina, 1979.

CARBONNIER, Jean. *La methode sociologique dans les etudes de droit contemporain*. In. *Methode sociologique et droit*.

CASTANHEIRA NEVES, A. *Escola da Exegese*. In. *Digesta: Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. Volume 2º. Coimbra: Coimbra, 1995.

CASTANHEIRA NEVES, A. *A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido (Diálogo com Kelsen)*. In. Digesta: Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros. Volume 2°. Coimbra: Coimbra, 1995.

CASTANHEIRA NEVES, A. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I*. Coimbra: Coimbra, 2003.

CASTANHEIRA NEVES, A. *O direito como alternativa humana*. In. Digesta: Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros. Volume 2°. Coimbra: Coimbra, 1995.

CASTANHEIRA NEVES, A. *Escola do direito livre*. In. Digesta: Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros. Volume 2°. Coimbra: Coimbra, 1995.

CASTANHEIRA NEVES, A. *Metodologia jurídica. Problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 1998.

CASTANHEIRA NEVES, A. *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia. Tópicos para a possibilidade de uma reabilitação*. Coimbra: Coimbra, 2003.

CASTANHEIRA NEVES, A. *Entre o <<legislador>>, a <<sociedade>> e o <<juiz> ou entre <<sistema>>, <<função>> e <<problema>> - os modos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito*. In. Digesta: Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros. Volume 3°. Coimbra: Coimbra, 2008.

CASTANHEIRA NEVES, A. *O direito interrogado pelo tempo presente na perspectiva do futuro*. In. *O Direito e o Futuro, o Futuro do Direito*. AVELÃS NUNES, António e MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson. (Org.'s). Coimbra: Almedina, 2008.

CASTANHEIRA NEVES, A. *O direito hoje e com que sentido? O problema actual da autonomia do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

CASTANHEIRA NEVES, A. *O Funcionalismo Jurídico. Caracterização fundamental e consideração crítica no contexto actual do sentido da juridicidade*. In. Digesta 3, Coimbra: Coimbra, 2008.

CASTANHEIRA NEVES, A. *Pessoa, Direito e Responsabilidade; e, Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – ou as condições da emergência do direito como direito*. In. Digesta 3. Coimbra: Coimbra, 2008.

CASTANHEIRA NEVES, A. *Uma reflexão filosófica sobre o direito – “o deserto está a crescer...” ou a recuperação da filosofia do direito?* In. Digesta 3. Coimbra: Coimbra, 2008.

CASTANHEIRA NEVES, A. *Justiça e Direito*. In. Digesta – escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia, e outros. Volume 1º. Coimbra: Coimbra, 1995.

CASTANHEIRA NEVES, *Teoria do direito*. Policopiada. Lições proferidas nos anos de 1998/1999.

CASTANHEIRA NEVES, A. *A imagem do home no universo prático*. In. Digesta – escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia, e outros. Volume 1º. Coimbra: Coimbra, 1995.

CASTANHEIRAS NEVES, A. *O problema da universalidade do direito – ou o direito hoje, na diferença e no encontro humano-dialogante das culturas*. In. Digesta 3.

CASTANHEIRA NEVES, A. *O sentido actual da metodologia jurídica*. In. Digesta 2.

CASTANHEIRA NEVES, A. *O papel do jurista do nosso tempo*. In. Digesta 3.

CASTANHEIRA NEVES, A. *Fontes do Direito*. In. Digesta 1.

CASSIRER, Ernst. *Ensaio sobre o Homem: introdução a uma filosofia da cultura humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

COMTE, Auguste. *Système de Politique Positive ou Traité de Sociologie D’Auguste Comte*. Paris: M. Giard & E. Brière, Libraires-éditeurs, 1912.

COSTA, Pietro. *Soberania, Representação, Democracia. Ensaio de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010.

COSTA, Pietro. *Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433) – IURISDICTION*. Giuffrè Editore: Milano. 2002.

CHAZAL, Jean-Pascal. *Philosophie du droit et théorie du droit ou l’illusion scientifique*. In. Archives de philosophie du droit, Tome 45.

CHARTIER, Roger. *A história cultural. Entre práticas e representações*. Trad. Maria Manuela Galhardo. Lisboa: Difel, 1990.

COHN, George. *Existencialism and legal science*. Trad. George H. Kendal. New York: Oceana Publications, 1967.

COING, Helmut. *Elementos fundamentais da filosofia do direito*. Trad. Elisete Ant-niuk. Porto Alegre: Fabris, 2002.

COTTA, Sergio. *Diritto Naturale*. In. Enciclopedia del diritto, XII, 1964.

CUNHA MARTINS, Rui. *O método da fronteira*. Coimbra: Almedina, 2008.

DA CUNHA, Paulo Ferreira. *Constituição, Direito e Utopia: do jurídico-constitucional nas utopias políticas*. Coimbra: Coimbra, 1996.

DA CUNHA, Paulo Ferreira. *Pensar o Direito. II. Da modernidade à postmodernidade*. Coimbra: Almedina, 1990.

DA CUNHA, Paulo Ferreira. *Miragens do Direito. O Direito, as Instituições e o Politicamente Correto*. Campinas: Milenium, 2003.

DA CUNHA. Paulo Ferreira. *Faces da Justiça*. Coimbra: Almedina, 2002.

DA CUNHA, Paulo Ferreira. *Reflexões sobre o direito contemporâneo*, pp. 34 e seguintes. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/PF/article/viewFile/865/958>

DAVIDSON, Donald. *L'idée de schème conceptuel*. In. *La pensée américaine contemporaine*. Org. par LYOTARD, Jean-François. France: Presses Universitaires de France, 1991.

DELEUZE, Gilles. *Lógica do sentido*. Trad. Luiz Roberto Salinas. São Paulo: Perspectiva, 2009.

DELEUZE, Gilles e GUATTARI, Félix. *Mil Platôs, Vol. 2*. São Paulo: Ed. 34, 2008.

DELEUZE, Gilles e GUATTARI, Felix. *O que é a filosofia?* Rio de Janeiro: Ed. 34, 2009.

DELEUZE, Gilles. *Conversações*. Trad. Peter Pál Pelbart. São Paulo: editora 34, 2006.

DELEUZE, Gilles e GUATTARI, Félix. *Mil Platôs, Vol. 1*. São Paulo: Ed. 34, 2009.

DERRIDA, Jacques. *Força de Lei*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

- DUFRENNE, Michel. *Estética e Filosofia*. São Paulo: Ed. Perspectiva, 2004.
- DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ECO, Umberto. *A estrutura ausente. Introdução à pesquisa semiológica*. Trad. Pérola de Carvalho. São Paulo: Perspectiva, 2007.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1972.
- ESPOSITO, Elena. *L'operazione di osservazione. Construttivismo e teoria dei sistemi sociali*. Milano: Franco Angeli, 1992.
- ESSER, Josef. *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*. Tübingen, 1956.
- ESSER, Josef. *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*. Frankfurt.
- ESSER, Josef. *La methode sociologique dans les etudes de droit contemporain en Allemagne*. In: *Methode sociologique et droit*. Paris: Paris Librairie Dalloz, 1958.
- ESSER, Josef. *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto. Fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice*. Edizioni Scientifiche Italiane: Università di Camerino, 1983.
- ESSER, Josef. *Gundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts. Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre*. Tübingen, 1956.
- EWALD, François. *Foucault, a Norma e o Direito*. Trad. Antonio Fernando Cascais. Lisboa: Veja, 1993.
- FERRARESE, Maria Rosario. *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*. Bologna: Il Molino, 2002.
- FEYERABEND, Paul. *O conhecimento e o papel das teorias*. In: *Adeus à Razão*. Rio de Janeiro: Unesp, 2009.
- FEYERABEND, Paul. *Contra o Método*. Rio de Janeiro: Fundação Alves, 1989.

FRANCO DE SÁ, Alexandre. *O poder pelo poder. Ficção e Ordem no combate de Carl Schmitt em torno do Poder*. Lisboa: Centro de filosofia da universidade de Lisboa, 2009.

FROSINI, Vittorio. *La lettera e lo spirito della legge*. Milano: Giuffrè Editore. 1995.

GADAMER, Jans-Georg. *Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Rio de Janeiro: Ed. Vozes. 1997.

GADAMER, Hans-George. *Verdade e Método II*. Trad. Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Editora Vozes. 2004.

GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica e Historicismo*. In. *Verdade e Método II*, Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2004.

GILMORE, Grant. *As eras do direito americano*. Trad. Pinheiro de Lemos. Rio de Janeiro: Forense-Universitária. 1978.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GROSSI, Paolo. *Società, Diritto, Stato. Un recupero per il diritto*. Milano: Giuffrè Editore, 2006.

GUÉRIOS CURI, Ivan. *A ideia de sistema no direito: um dilema para (re)pensar*. In. Separata de *Liber Amicorum*. Homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes. Coimbra: Coimbra, 2009.

GUÉRIOS CURI, Ivan. *O direito penal revisitado pela filosofia*. STVDIA IVRIDICA 90 AD HONOREM – 3. Coimbra: Coimbra.

GUÉRIOS CURI, Ivan. *Virada de Copérnico: reflexões em torno do pensamento de A. Castanheira Neves*. Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra: Coimbra, 2005.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Volumes I e II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2003.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro. Estudos de teoria política*. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Para a reconstrução do materialismo histórico*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Brasiliense, 1983.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Moral*. Trad. Sandra Lippert. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

HAYEK, Friedrich. *Direito, Legislação e Liberdade. Uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política*. São Paulo: Visão, 1985.

HÖFFE, Otfried. *Principes du droit. Ethique, théorie juridique et philosophie sociale*. Paris: les éditions du cerf, 1993.

HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro: estudos de teoria política*. São Paulo, Loyola, 2004.

HEIDEGGER, Martin. *Sobre a questão do pensamento*. Petrópolis: Vozes, 2009.

HESPANHA, Manuel. *O Caleidoscópio do Direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. Coimbra: Almedina, 2007.

HINKELAMMERT, Franz J. *Pensar em Alternativas: Capitalismo, socialismo e a possibilidade de outro mundo*, pp. 09-23. In. *Por um mundo Diferente: Alternativas para o Mercado Global*. Organizador: PIXLEY, Jorge. Rio de Janeiro: Vozes, 2003.

HONNETH, Axel. *Sufrimento de Indeterminação: uma reatualização da filosofia do direito de Hegel*. São Paulo: Ed. Singular, 2007.

HONNETH, Axel. *Sufrimento de indeterminação. Uma reatualização da filosofia do direito de Hegel*. Trad. Rúnio Soares Melo. São Paulo: Esfera Pública, 2007.

HORKHEIMER, Max. *Zur Kritik der instrumentellen Vernunft*. In. *Gesammelte Schriften Band 6*. Frankfurt: Fischer, 1991.

IRTI, Natalino. *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*. Roma: Editori Laterza, 2006.

ISRAËL, Nicolas. *Genealogia do direito moderno. O estado de necessidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

JAMES BOYD WHITE, *Heracles' Bow: Essays on the Rhetoric and Poetics of Law*. E.U.A: *Library of Congress Cataloging in Publication Data*, 1938. Disponível em: http://books.google.com.br/books?id=w1yCIYWd-X8C&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false.

JASPER, Karl. *Filosofia da Existência*. Trad. Marco Aurélio de Moura Santos. Rio de Janeiro: Imago Editora, 1973.

JASPER, Karl. *Introduction a la philosophie*. Traduit de l'allemand par Jeanne Hersch. Paris: Plon, 1952.

JONAS, Hans. *O princípio vida. Fundamentos para uma biologia filosófica*. Vozes, Petrópolis: Editora Vozes, 2004.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Trad. Edson Bini. Bauru, São Paulo: Edipro, 2003.

KANTOROWICZ, Hermann. *Le definizione del diritto*. Italia: Editore Torino, 1962.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KELSEN, Hans. *O Estado como integração. Um confronto de princípios*. Trad. Plínio Fernandes Toledo. São Paulo: Martins Fontes: 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas (Allgemeine Theorie der Normen)*. Trad. José Florentino Duarte. SAFE, 1986.

KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KENNEDY, Duncan. *A critique of adjudication: fin de siècle*, Cambridge Mass: Harvard University Press, 1998.

KENNEDY, Duncan. *A critique of adjudcation. {fin de siècle}*. Harvard University Press, 1997.

KENNEDY, Duncan. *Izquierda y Derecho. Ensayos de teoria jurídica crítica*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2010.

KRIELE, Martin. *Recht und praktische Vernunft*. Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 1979.

KRIELE, Martin. *Theorie der Rechtsgewinnung*. Duncker und Humblot, 1976.

KOJÈVE, Alexandre. *Esquisse d'une phénoménologie du droit*. França: Gallimard, 1981.

LAFER, Celso, em *Apresentação à edição brasileira, de Da Estrutura à Função. Novos Estudos de Teoria do Direito*, de Norberto Bobbio, São Paulo: Manole, 2007.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamengo. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *Introducción a la ciencia del derecho*. Barcelona: BOSCH, Casa Editorial, 1943.

LOSANO, Mario G. *Sistema e Estrutura no direito. Das origens à Escola Histórica*. Volume 1. Trad. Luca Lamberti. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

LOSANO, Mario. *Sistema e Estrutura no Direito. O século XX*. Volume 2. Trad. Luca Lamberti. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

LOSANO, Mario. *Sistema e Estrutura no Direito. Do século XX à pós-modernidade*. Volume 3. Trad. Luca Lamberti. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

LOSANO, Mario. *Os grandes sistemas jurídicos*. Trad. Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LOSANO, Mario G. *Teoría Pura Del Derecho. Evoluciones y puntos cruciales*. Editorial Temis: Santa Fe de Bogotá - Colômbia. 1992.

LOSANO, Mario. *O pensamento de Norberto Bobbio, do positivismo jurídico à função do direito*. In. *Da estrutura à função*. São Paulo: Manole, 2007.

LUDWIG, Celso Luiz. *Para uma filosofia jurídica da libertação: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

LUHMANN, Niklas. *La differenziazione del diritto*. Bologna, (Italia): Il Mulino, 1990.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. Volumes 1 e 2. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário, 1985.

LYOTARD, Jean-François. *Le Différend*. Paris: Minuit, 1983.

LYOTARD, Jean-François. *O pós-moderno*. Trad. Ricardo Correa Barbosa. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1993.

MORIN, Edgar. *O método III. O conhecimento do conhecimento I*. Trad. Maria Gabriela de Bragança. Portugal: Publicações Europa-América, 1986.

MACHADO, João Baptista. *Introdução do direito e ao discurso legitimador*. Coimbra: Almedina, 2006.

MANGABEIRA UNGER, Roberto. *The Critical Legal Studies Movement*. Harvard Law Review, 96 Hrv. L. Ver. 561, 1983.

MANNHEIM, Karl. *Diagnóstico de nosso tempo*. Trad. Octavio Alves Velho. Rio de Janeiro: Zahar, 1961.

MELGARÉ, Plínio Saraiva. *Juridicidade: sua compreensão político-jurídica a partir do pensamento moderno-iluminista*. Coimbra: Coimbra, 2003.

MORIN, Edgar. *La méthode. Tome 1. Nature de la Nature*. Éditions du Seuil 1977.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito I*. Trad. Peter Neumann e Euri-des Avance de Souza. São Paulo: Editora RT, 2008.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NIETZSCHE, Friedrich. *Crepúsculo dos Ídolos*. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Campanha das Letras, 2006.

OLIVERCRONA, Karl. *Il diritto come fatto*. Milano: Giuffrè Editore, 1967.

ORRÙ, Giovanni. *Richterrecht. Il Problema della libertà e autorità giudiziale nella dottrina tedesca contemporanea*. Milano: Giuffré Editore, 1988.

OLLERO TASSARA, Andres. *Derechos humanos y metodologia juridica*. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1989.

ORTEGA Y GASSET, José. *El tema de nuestro tiempo*. Madrid: Revista de Occidente, 1956.

PAIVA DOS SANTOS, Marcelo. *A democracia brasileira no contexto da periferia latino-americana: o problema da jurisdição e o contributo possível da reflexão metodológica*. Dissertação apresentada o Curso de mestrado em direito da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Portugal, 2007.

PALLOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PASCAL, em *Les pensées*. Disponível em: [http://www.belpres.org/Site/Content/Christian %20Growth/Pensees.pdf](http://www.belpres.org/Site/Content/Christian%20Growth/Pensees.pdf)

PERELMAN, Chaïn. *Lógica Jurídica*. Trad. Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 23.

POPPER, Karl. *Em busca de um mundo melhor*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

POOPER, Karl R. *The Poverty of Historicism*. London: Routledge & Kegan Paul, 1957.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Trad. Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Trad. Álvaro de Vita. Rio de Janeiro: Ática, 2000.

RAWLS, John. *Réponse à Habermas*. In. *Débat sur la justice politique*. Org. Jürgen Habermas. Paris: CERF, 1997.

RAZ, Joseph. *Valor, respeito e apego*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RENAUT, Alain. *Libéralismo politique et pluralisme culturel*. Éditions Plein Feux, 1999.

RICOEUR, Paul. *Paradigma da tradução*. In. O Justo II. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

RICOEUR, Paul. *A propósito de Uma teoria da justiça de John Rawls*. In. O Justo I. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

RICOEUR, Paul. *Justiça e verdade*. In. O Justo II. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RICOEUR, Paul. *Da moral à ética e às éticas*. In. O Justo II. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

RICOEUR, Paul. *É possível uma teoria puramente procedimental da justiça? A propósito de Uma teoria da justiça de John Rawls*. In. O Justo II. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

RICOEUR, Paul. *Depois de Uma teoria da Justiça de John Rawls*. In. O Justo II. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

RICOEUR, Paul. *A propósito de Uma teoria da justiça de John Rawls*. In. O Justo I. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

RICOEUR, Paul. *Depois de Uma teoria da Justiça de John Rawls*. In. O Justo II. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ROBLES, Gregorio. *La crisis de valores em la sociedad contemporánea*. In. *Los derechos fundamentales y la ética em la sociedad actual*. Editorial Civitas: Madrid, 1992.

ROMEO, Francesco. *Analogia: per un concetto relazionale di verità nel diritto*. CEDAM – Padova, 1990.

RORTY, Richard. *A filosofia e o espelho da natureza*. Trad. Jorge Pires. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1988.

ROULAND, Norbert. *Nos confins do direito. Antropologia jurídica da modernidade*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

ROSENFELD, Michel. *Just Interpretations. Law between Ethics and Politics*. University of California Press: London, 1998.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. São Paulo: Cortez, 2004.

SCHAPP, Jan. *Problemas Fundamentais da Metodologia do direito*. Trad. Ernildo Stein. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1985.

SCHMITT, Carl. *Teologia Política*. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SCHMITT, Carl. *Legalidade e Legitimidade*. Trad. Tito Lívio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

SUPIOT, Alain. *Homo Juridicus. Ensaio sobre a função antropológica do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2005.

TALES, Fish. *A Conversation with "The Contemporary Sophist"* (entrevista concedida por Stanley Fish a Gary Olson), JAC Online (12-02-1992), <http://www.cas.usf.edu/JAC/122/olson.html>

TAYLOR, Charles. *Two Theories of Modernity*. Disponível em: http://www.4shared.com/get/JGjUhKEa/Charles_Taylor_-_Two_Theories_.html

TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

VAN KLINK, Bart. *Facts and Norms. The unfinished debate between Eugen Ehrlich and Hans Kelsen*. (28.8.2006) Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=980957>.

VATTIMO, Gianni. *O fim da modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

VATTIMO, Gianni. *O fim da Modernidade: niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

VIOULAC, Jean. *L'époque de la technique. Marx, Heidegger et l'accomplissement de la métaphysique*. Paris: Épipiméthée, 2009.

WELSCH, Wolfgang. *Unsere postmoderne Moderne*. Berlin: Akademie Verlag, 2002.

WELSCH, Wolfgang. *Postmoderne versus Technologisches Zeitalter*. In.: *Unsere postmoderne Moderne*. Akademie Verlag: Berlin, 2002.

WELSCH, Wolfgang. *Vernunft: Die zeitgenössische Vernunftkritik und das Konzept der transversalen Vernunft*. Berlin: Suhrkamp, 1996.

WELZEL, Hans. *Diritto naturale e giustizia materiale*. Milano: Giuffrè, 1965.

WELZEL, Hans. *El problema de la validez del derecho*. In. *Derecho injusto y derecho nulo*. Jose Maria Rodriguez Paniagua. (org.). Madrid: Aguilar. 1971.

WHITE, Boyd. *From Expectation to Experience. Essays on Law and Legal Education*. Michigan: http://books.google.com/books?id=aTyEyS6a9zWC&printsec=frontcover&hl=ptBR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false.

ZIZEK, Slavoj. *A visão em paralaxe*. Trad. Maria Beatriz Medina. São Paulo: Boitempo, 2008.